

**CUNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

TUTELA JURISDICIONAL MANDAMENTAL

KLAUS COHEN KOPLIN

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutor em Direito, área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

PORTO ALEGRE, MARÇO DE 2008.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

TUTELA JURISDICIONAL MANDAMENTAL

DOUTORANDO: KLAUS COHEN KOPLIN

ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA

PORTO ALEGRE, MARÇO DE 2008.

Ad maiora nati sumus

**Ao *Magister* Antônio Pereira Ribeiro Junior,
pelas inestimáveis lições de vida,
com carinho.**

**Ao meu orientador, Prof. Titular Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,
pela mão amiga, sem a qual este trabalho não teria sido realizado,
com gratidão.**

**À Cecília,
por tudo,
com amor.**

SUMÁRIO

SUMÁRIO	5
RESUMO	7
RIASSUNTO	8
RESÚMEN	9
ABREVIATURAS	10
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO E HISTÓRIA DA MANDAMENTALIDADE NA TRADIÇÃO JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA	
	17
1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	17
2. A MANDAMENTALIDADE NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ROMANA	23
2.1. <i>Praetor e iudex</i>	23
2.2. <i>Iurisdictio e imperium</i>	27
2.3. <i>Actio e interdictum</i>	34
3. A MANDAMENTALIDADE NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA.....	46
3.1. <i>Elaborações do ius commune</i>	46
3.2. <i>A conservação dos preceitos de natureza interdital na tradição luso-brasileira</i>	55
3.3. <i>Meios de proteção do cidadão em face da administração pública no Brasil independente</i>	63
3.4. <i>Marchas e contramarchas do direito processual civil brasileiro no século XX</i>	74
4. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	76
CAPÍTULO 2	
A MANDAMENTALIDADE NO CONTEXTO DAS PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E DAS SENTENÇAS	
	79
1. A CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS AÇÕES E DAS SENTENÇAS NA DOUTRINA PROCESSUAL CIVIL	79
1.1. <i>Doutrina de base romanista</i>	80
1.2. <i>Doutrina processual europeia na fase dita científica</i>	91
2. VISÕES QUE RECONHECEM A MANDAMENTALIDADE	98
2.1. <i>Georg Kuttner e James Goldschmidt</i>	99
2.2. <i>Pontes de Miranda</i>	101
3. OUTRAS FORMULAÇÕES A RESPEITO DA MANDAMENTALIDADE	115
3.1. <i>A mandamentalidade como atributo da ação ou da sentença</i>	116
3.2. <i>A mandamentalidade como forma de tutela jurisdicional</i>	131
4. VISÕES QUE QUESTIONAM A MANDAMENTALIDADE	134
4.1. <i>No âmbito da doutrina europeia</i>	134
4.2. <i>No âmbito da doutrina brasileira</i>	135
5. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	141
CAPÍTULO 3	

ESSÊNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL MANDAMENTAL.....	144
1. NATUREZA DA MANDAMENTALIDADE	144
1.1. <i>O prisma da ação de direito material.....</i>	144
1.2. <i>Perspectivas da pretensão processual e da “ação” processual</i>	152
1.3. <i>Perspectiva do remédio jurídico processual.....</i>	153
1.4. <i>Perspectiva da sentença</i>	154
1.5. <i>Perspectiva da tutela jurisdicional</i>	162
2. A MANDAMENTALIDADE NO QUADRO DAS FORMAS DE TUTELA JURISDICIONAL ..	193
2.1. <i>Observações iniciais</i>	193
2.2. <i>Mandamentalidade e declaração</i>	194
2.3. <i>Mandamentalidade e constituição.....</i>	197
2.4. <i>Mandamentalidade e condenação</i>	199
2.5. <i>Mandamentalidade e execução</i>	204
2.6. <i>Características da tutela jurisdicional mandamental</i>	209
2.7. <i>Funções da tutela jurisdicional mandamental</i>	222
3. TÉCNICAS DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL MANDAMENTAL.....	232
3.1. <i>Multa cominatória</i>	233
3.2. <i>Prisão civil</i>	237
3.3. <i>A multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC</i>	238
3.4. <i>Crime de desobediência.....</i>	238
4. CONCLUSÕES PARCIAIS.....	240
CONCLUSÕES GERAIS	243
BIBLIOGRAFIA	246

RESUMO

O presente trabalho se propõe a aprofundar a noção de tutela jurisdicional mandamental, proposto originalmente por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e presente na experiência jurídica brasileira (especialmente no mandado de segurança, nos interditos possessórios e nas ações para cumprimento de obrigações de fazer não-fazer), bem como investigar suas origens e suas formas de implementação prática. Para tanto, parte-se da análise do papel desempenhado pelos *interdicta* na experiência jurídica romana e sua conservação na tradição jurídica luso-brasileira até os dias atuais. Procura-se demonstrar, também, com ampla análise de diversas posições doutrinárias, que a tutela mandamental não é redutível às tutelas declarativa, constitutiva, condenatória e executiva. Especial relevo apresenta, nesse sentido, a definição dos conceitos de condenação e de execução em sentido próprio. Discute-se, ainda, que necessidades de tutela, do ponto de vista do direito material, a mandamentalidade é apta a instrumentalizar, tanto no campo do direito público quanto no campo do direito privado.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone a approfondire la nozione di “tutela giurisdizionale mandamentale”, sviluppata nel diritto brasiliano per opera di Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e presente nella realtà di questo paese sudamericano, specialmente nel “mandado de segurança”, negli interdetti e negli strumenti destinati alla realizzazione degli obblighi di fare e di non fare nel diritto privato. Per tanto, si parte dalla analisi degli interdetti del diritto romano, i quali rappresentano il vero modello e origine della categoria, dimostrandosi, in seguito, come la sua essenza è stata conservata nella esperienza giuridica brasiliana fino ad oggi. Oltre a ciò, si tenta dimostrare, con ampia analisi delle diverse posizioni dottrinarie, che la “tutela giurisdizionale mandamentale” non è validamente riducibile, almeno in diritto brasiliano, alle forme dichiarativa, costitutiva, di condanna, ed esecutiva di tutela. Si discute anche a che necessità di tutela, dal punto di vista del diritto sostanziale, le “sentenze mandamentali” servono, rafforzando la percezione secondo cui esse servono tanto alla composizione dei conflitti di interessi fra i privati quanto alla protezione del cittadino verso la pubblica amministrazione. Finalmente, si disegna un quadro sintetico degli strumenti tecnici destinati alla attuazione di questa forma di tutela giurisdizionale.

RESÚMEN

El presente trabajo está destinado al estudio de la noción de “tutela jurisdiccional mandamental”, propuesto originalmente por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda y presente en la experiencia jurídica brasileña (especialmente en el “mandado de segurança”, en los interdictos y en las acciones destinadas a la realización de las obligaciones de hacer y de no hacer). En definitiva, lo que interesa es buscar sus orígenes y formas de realización práctica. Para tanto, se parte del análisis de los *interdicta* del derecho romano, demostrando su conservación en la tradición jurídica luso-brasileña hasta el derecho positivo actual. Se procura comprobar, además, con amplio estudio de las posiciones doctrinarias a respecto, que la “tutela jurisdiccional mandamental” no es reducible a la declaración, a la constitución, a la condenación, ni a la ejecución, por lo menos en el derecho brasileño. Destaque especial presenta, así, la definición de los conceptos de condenación y ejecución en sentido propio, de los cuales se debe claramente distinguir el ámbito de los mandamientos judiciales. Se discute, aún, que necesidades de tutela, del ponto de vista del derecho sustancial, la “mandamentalidad” puede realizar, tanto en el campo de los intereses privados cuanto en los conflictos del ciudadano con la administración pública. Finalmente, no se olvida de presentar un cuadro general de los medios técnicos de efectivación de las sentencias destinadas esa forma de tutela jurisdiccional.

ABREVIATURAS

AASP	Associação dos Advogados de São Paulo
a. C.	antes de Cristo
AC	Apelação Cível
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
AI	Agravo de Instrumento
AInt	Agravo Interno
AIRR	Agravo de Instrumento em Recurso de Revista
AJURIS	<i>Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul</i> (AJURIS)
art(s).	artigo(s)
AMS	Apelação em Mandado de Segurança
BFDUC	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
BverfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht</i> (Revista de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão)
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Alemanha)
C.	<i>Codex Iustiniani</i> (Código de Justiniano)
ca.	cerca de (<i>circa</i>)
CC/1916	Código Civil brasileiro revogado (Lei nº 3.071/1916)
CC; CC/2002	Código Civil brasileiro vigente (Lei nº 10.406/2002)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)
CF	Constituição Federal de 1988
cf.	conferir
cit.	obra citada
CP	Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940)
CPC; CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973)
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608/1939)
CTPS	Carteira de trabalho e previdência social
D.	<i>Digesta Iustiniani</i> (Digesto de Justiniano)

Des.	Desembargador
Dialética	<i>Revista Dialética de Direito Processual</i>
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da criança e do adolescente (Lei nº 8.069/1990)
e. g.	<i>exempli gratia</i>
ESMAPE	Revista da Escola Nacional da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)
Gai	<i>Gai Commentarii Quattuor</i> (Institutas de Gaio)
Gênesis	<i>Revista Gênesis</i>
GG	<i>Grundgesetz</i> (Lei fundamental alemã)
I.	<i>Institutiones Iustiniani</i> (Instituições de Justiniano)
IARGS	Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul
i. e.	<i>id est</i>
j.	juízo
LACP	Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985)
LAP	Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965)
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942)
LPS	Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998)
Magister	<i>Revista Magister de Direito Processual</i>
Min.	Ministro
n.	número(s)
Ord. Af.	Ordenações Afonsinas
Ord. Man.	Ordenações Manuelinas
Ord. Fil.	Ordenações Filipinas
p.	página(s)
RCGE	<i>Revista da Consultoria Geral do Estado (Rio Grande do Sul)</i>
RDP	<i>Rivista di diritto processuale</i>
RDPC	<i>Rivista di diritto processuale civile</i>
RePro	<i>Revista de Processo</i>
Reg.	Regulamento
REsp	Recurso Especial

RE	Recurso Extraordinário
Rdnr.	<i>Randnummer</i> (número marginal)
RF	<i>Revista Forense</i>
RJ	<i>Revista Jurídica</i>
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RR	Recurso de Revista
RT	<i>Revista dos Tribunais</i>
RTDPC	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
SDI-1	Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (Brasília)
séc(s).	século(s)
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasília)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Brasília)
tb.	também
TJRJ	Tribunal de Justiça (Rio de Janeiro)
TJRS	Tribunal de Justiça (Rio Grande do Sul)
TJSP	Tribunal de Justiça (São Paulo)
TST	Tribunal Superior do Trabalho
v. g.	<i>verbi gratia</i>
v. u.	votação unânime
ZDP	<i>Zeitschrift für deutschen Zivilprozess</i>
ZPO	<i>Zivilprozeßordnung</i> (Ordenação processual civil alemã)
ZSSR (RA)	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)</i>
ZZP	<i>Zeitschrift für Zivilprozess</i>

INTRODUÇÃO

1. Ninguém ignora que a classe das sentenças mandamentais, enquanto categoria científica do Direito Processual, foi introduzida no Brasil por Pontes de Miranda, em meados do séc. XX. Seu principal paladino e defensor nos tempos que se seguiram foi Ovídio A. Baptista da Silva, autor cujo pensamento a doutrina pátria não desconhece. Sabe-se também que, após décadas de defesa quase solitária desta categoria, a crise de efetividade que se abateu sobre o modelo processual vigente no país, assim como as diversas reformas legislativas que se seguiram, fizeram nascer súbito interesse por seu estudo. Interesse não de todo desvinculado das soluções encontradas para o problema no âmbito do Direito estrangeiro, especialmente europeu.

Atualmente, a mandamentalidade das decisões constitui questão altamente controvertida na doutrina processual brasileira. Há os que negam pura e simplesmente a existência de sentenças mandamentais. Outros as assimilam às sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias, ou as classificam como simples meio de execução indireta, subsumindo-as no processo de execução. Autores importantes, Pontes de Miranda à frente, conferiram-lhe categoria própria no plano da classificação das ações e das sentenças.

Além disso, alguns sustentam tratar-se de ação; outros, de sentença. Outros, ainda, afirmam que mandamental seria a própria tutela jurisdicional. Existem doutrinadores que nem sequer tomam partido nessa discussão, preferindo a classificação das tutelas conforme o resultado alcançado do ponto de vista do direito material.

Também já foram relacionadas a instrumentos processuais típicos do Direito Anglo-saxônico, como as *injunctio*s e o *contempt of court*, assim como às *astreintes* do Direito Francês. Não faltam vozes que liguem as sentenças mandamentais à tradição luso-brasileira, afirmando remontarem mesmo aos *interdicta* do antigo Direito Romano.

Segundo alguns, tais sentenças dirigir-se-iam tanto contra órgãos estatais e funcionários da administração pública quanto aos particulares. Há

quem negue essa segunda direção, insistindo no caráter essencialmente publicístico do instituto.

Parcela substancial da doutrina considera as sentenças mandamentais adequadas à realização de obrigações de fazer e não-fazer decorrentes de todos os domínios do Direito Privado, ao mesmo tempo em que certa orientação procura restringi-las apenas aos deveres de fazer e não-fazer estranhos ao campo obrigacional.

Certamente não satisfaz o frágil argumento de que existem apenas porque recente reforma legislativa introduziu no art. 14 do Código de Processo Civil brasileiro a expressão “provimentos mandamentais”.

2. Todas essas razões justificam o aprofundamento do estudo relativo aos mandamentos inerentes a certas decisões judiciais.

Com efeito, o tema da mandamentalidade insere-se no problema mais amplo da determinação da extensão dos poderes e das funções do juiz no processo civil brasileiro contemporâneo. Ostenta especial interesse realizar o confronto da realidade brasileira com a estrangeira, especialmente aquele vigente nos principais sistemas jurídicos da Europa continental. Deve-se enfrentar, igualmente, ponto sobre o qual normalmente a doutrina passa ao largo, concernente à definição da própria tutela jurisdicional. Nessa linha de pensamento, mostra-se inevitável, outrossim uma tomada de posição em relação à polêmica categoria da ação de direito material.

3. A partir dessas considerações, pode-se alinhar as seguintes questões fundamentais que servirão de baliza ao desenvolvimento do trabalho. Primeiramente, cumpre determinar em que medida as experiências jurídicas romana, lusitana e brasileira (essa última mercadamente influenciada pela perspectiva anglo-saxônica) contribuíram se para a mandamentalidade própria de certas as sentenças judiciais no Direito Brasileiro contemporâneo. Depois disso, deve-se determinar se a mandamentalidade é digna de ser classificada à parte cientificamente, em relação à declaração, à constituição, à condenação e à execução ou se pode, validamente, do ponto de vista da história, da ciência e mesmo da realidade concreta, ser enquadrada em alguma dessas classes de ações e sentenças universalmente reconhecidas.

Um dos pontos centrais a serem acentuados nesta tese (sem o qual a identificação do *proprium* relativo à mandamentalidade é praticamente impossível) consiste no sentido técnico, específico de execução como exercício de coerção patrimonial direta, em oposição ao sentido largo de realização prática, no mundo dos fatos, do direito reconhecido na sentença.

Em terceiro lugar, importa determinar se é lícito enquadrá-la como forma de tutela jurisdicional, mais do que como ação ou sentença. Em seguida, faz-se mister esclarecer se esse ângulo de abordagem ostentaria tanto interesse, do ponto de vista do processo, quanto à classificação das tutelas segundo a perspectiva do direito material (i. e., tutelas “inibitória”, “compulsória”, “punitiva”, “reconstitutiva”, “ressarcitória”). Além disso, mostra-se altamente relevante precisar o conceito de tutela jurisdicional, aplicando-o à noção de mandamento judicial determinado pela sentença favorável ao demandante.

Necessário, outrossim, estabelecer claramente as situações substanciais a cuja proteção se dirige e sobre as quais opera. Finalmente, cumpre investigar quais seriam os principais instrumentos conducentes à sua efetivação prática.

4. No que tange ao método de trabalho, submeter-se-á a hipótese inicial, representada pelo pensamento de Pontes de Miranda, a rigoroso exame, confrontando-a com as principais posições doutrinárias assumidas no Brasil e no estrangeiro. Isso sem descurar da realidade concreta, examinando-se a legislação e as diretrizes fundamentais da jurisprudência. Realiza-se também a avaliação crítica do pensamento tanto daqueles que defendem quanto daqueles que negam a mandamentalidade, buscando surpreender a linha de evolução histórica do conceito.

5. Este trabalho divide-se em três capítulos. O primeiro tem como objetivo a delimitação inicial do campo da mandamentalidade, a partir de subsídios extraídos da filosofia e da história do direito, levando em conta, especialmente, a experiência jurídica romana e luso-brasileira. No segundo, far-se-á uma exposição da mandamentalidade no contexto das diversas propostas de classificações das ações e das sentenças. No terceiro Capítulo, busca-se alcançar a essência da tutela mandamental, confrontando-a com as demais formas de tutela jurisdicional, assim como determinar que necessidades jurídicas substanciais ela se mostra capaz de instrumentalizar e sem descurar

das peculiaridades procedimentais indispensáveis à efetivação fática dessa forma de tutela jurisdicional. Por fim, segue-se uma síntese das principais conclusões alcançadas.

CAPÍTULO 1

INTRODUÇÃO E HISTÓRIA DA MANDAMENTALIDADE NA TRADIÇÃO JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA

Sumário: 1. Noções introdutórias. 2. A mandamentalidade na experiência jurídica romana. 3. A mandamentalidade na experiência jurídica luso-brasileira. 4. Conclusões parciais.

1. Noções introdutórias

1. Assim escreveu Pontes de Miranda, em 1970, apresentando *ex professo* as cinco classes de ações e sentenças, entendidas neste trabalho como cinco formas de tutela jurisdicional:

*“Imaginar uma tela que estivesse colocada no salão de exposição de pintura, em espaço correspondente às obras do pintor B, mas que fôsse de autoria do pintor A. Se alguém enuncia que o quadro foi erradamente pôsto naquela parte da parede, porque o autor é A, e não B, êsse observador bem informado declara a autoria de A, o que equivale a declarar que B não é o autor. Há um é, a respeito de A, e um não-é, a respeito de B. Se A não expôs obras suas e foi B quem levou a tela, como se dela fôsse o autor, o diretor da exposição pode chamar a B e dizer-lhe que tire de lá a tela: ao dano que B fez, expondo o que não era seu, o diretor da exposição faz corresponder outro dano, o dano correspondente, o condano, de onde vem o termo técnico ‘condenação’. Suponhamos que B não retira o quadro. O diretor da exposição registra o quadro como de A e, após êsse ato de constituição de concorrência de A à exposição, afixa o nome de A por sôbre a tela. **Pode acontecer que a função de registro esteja a cargo de alguma seção do instituto a que pertence a exposição, subordinada ao diretor da exposição; então manda êle que se proceda ao registro e à afixação.** Se A já figurava como expositor, a transferência da tela, que se achava no espaço com a indicação de B, para o espaço com a indicação de A, pode ser por vontade de B, ou por ato de A, ou por ato do diretor. Por ato de B, houve execução*

*voluntária. Por ato de A, houve justiça de mão própria.
Por ato de B, houve execução forçada.*¹

Não é o momento de investigar profundamente essas imagens, ricamente expostas, tomadas “da vida diária, e fora da justiça”², nem de comentar as considerações se seguem à passagem em questão, mas apenas de concentrar a atenção na idéia de mandamento aí exposta.

Mandar, como sugerido nesse trecho, nada mais seria do que determinar, de forma autoritativa, que outrem cumpra o dever que lhe compete. Na ilustração, o diretor da exposição manda que alguma seção do instituto a ele vinculada proceda ao registro da tela e o afixe por sobre ela.

2. Essa noção é confirmada pela etimologia do verbo mandar, derivado da voz latina *mandare* (*mando, as, avi, atum, are*, conforme a forma usual de representação verbal), entre cujos sentidos se contam “confiar uma atribuição”, “recomendar”, “encarregar”, “ordenar”. Segundo atestam os autorizados lingüistas Ernout e Meillet, a expressão em questão constitui redução da locução “*in manus dare*” (“man[um]dare”), que significa propriamente “pôr nas mãos”.³

Paulo Merêa atribui ao verbo em questão o sentido de “confiar”, mostrando certas nuances por ele adquiridas no campo específico do direito das sucessões já no direito romano para “designar a vontade do testador expressa sob a forma precativa”, passando após para as instituições jurídicas que se desenvolveram na península ibérica. Assim, “o emprego dos verbos *mandare* e *commendare*, para significar as recomendações feitas em testamentos ou em actos jurídicos de análogo objectivo, persiste através de toda a Idade Média, tanto na Espanha como fora dela”, sendo que, “em textos da região portuguesa é também vulgar o emprego de *mandare* a par de *adcomendare, iubere* e *ordinare* e o acto jurídico tem, naturalmente, o nome de *mandatio*”.

Para o renomado historiador do direito, tal fato seria perfeitamente explicável, tendo-se em conta “que o testamento romano, verdadeiro acto 'de

¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, São Paulo : RT, tomo I, 1970, § 26, n. 1, p. 122-123 (negrito acrescentado).

² *Ibidem*.

³ ERNOUT, A.; MEILLET, A, *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots*, Paris : Klincksieck, 4.^{ème} éd., 1985, p. 382.

última vontade' (*mortuus vivo dat*), cedera o lugar às doações por morte e às 'encomendações' de bens feitas a parentes ou amigos para que estes lhes dêem o destino traçado pelo declarante". Nesse contexto, o mandatário é a pessoa "a quem sem *ordena* que faça isto ou aquilo, ou a quem se confiam os bens para que deles faça isto ou aquilo", o que reforça e enriquece o significado etimológico antes apontado.⁴

Quem manda, portanto, não age com as próprias mãos, mas preceitua, i. e., põe a ação devida nas mãos de outrem, a quem compete cumprir o preceito.

Por outro lado, destaca-se, no étimo da palavra, o gesto manual, indicativo, daquele que manda: "com a mão, aponta-se, mas o mandamento refere-se ao movimento da mão e à premência de obedecer".⁵ Mandar nada mais é do que ordenar.

3. De fato o substantivo latino correspondente a ordem (*ordo, is*) designava originalmente a disposição dos fios de uma trama, passando, na linguagem comum, a indicar "fila", "fileira", "alinhamento". No campo do direito público, referiu-se ao estamento a que pertence o cidadão, sendo que a partir da linguagem militar passou a expressar ainda a idéia de mandamento.⁶

Como se percebe, a expressão "ordem" explicita outros aspectos dessa noção, ressaltando o poder, de quem manda, de determinar a conduta alheia e dispor quase em seqüência o comportamento a ser assumido pelo respectivo destinatário.

4. A essas duas noções encontra-se estreitamente vinculada a idéia de império, proveniente do verbo latino *imperare* (*impero, as, avi, atum, are*) e daí passada à generalidade das línguas românicas.

Novamente seguindo a trilha de Ernout e Meillet, percebe-se que o termo em questão deriva, do ponto de vista etimológico, de *parare* (*in + paro*) significando, primitivamente, "fazer preparativos para que algo se faça", "forçar a produzir" e, a partir daí, "comandar".⁷

⁴ PAULO MERÊA, *Estudos de direito hispânico medieval*, Coimbra : Imprensa da Universidade, tomo II, 1953, p. 46-48.

⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, São Paulo : RT, tomo VI, 1976, § 1º, n. 1, p. 3.

⁶ ERNOUT/MEILLET, *Dictionnaire*, cit., p. 467.

⁷ ERNOUT/MEILLET, *Dictionnaire*, cit., p. 311.

Ainda segundo a explicação do jusfilósofo argentino Sergio Raúl Castaño, essa palavra também encontrava-se vinculada à linguagem militar, dentro da qual designava a convocação ou mobilização de um exército.⁸

Daí, o substantivo derivado (*imperium*) significar, em latim clássico, segundo o enfoque lingüístico, o comando, o poder soberano todas as medidas necessárias ao resguardo do bem público, ainda que à margem da lei.⁹

5. Relevante assinalar ter sido a noção de império desenvolvida também na filosofia (especialmente tomista), dentro do contexto da investigação acerca da relação entre razão e da vontade na dinâmica da ação humana, tendo-se como texto clássico a questão nº 17 (*Prima Secundae*) da *Summa Theologiae*.¹⁰

Como é sabido, o pensamento grego, ao explicar as escolhas e ações morais do ser humano, não reconheceu o campo de atuação próprio da vontade. Em rápido apanhado, pode-se dizer que, na ótica de Platão e Aristóteles, ao raciocínio prático, expresso por meio da conclusão do respectivo silogismo, seguir-se-ia necessariamente a ação. Nesse contexto, toda conduta moralmente ruim resultaria ou de uma falha do raciocínio ou de alguma imperfeição na educação e disciplina das paixões.

Santo Agostinho, por sua vez, extraiu das escrituras judaico-cristãs a especificidade do elemento volitivo. Caiu, todavia, no extremo oposto, ao afirmar que a vontade, por ser anterior ao intelecto, não apresentaria, em seu nível mais fundamental, razão alguma para suas deliberações, podendo ser considerado determinante último da ação humana. Para o grande mestre da

⁸ SERGIO RAÚL CASTAÑO, *La racionalidad de la ley*, Buenos Aires : Ábaco, 1995, p. 36. Assim também Ángel Enrique Lapieza Elli (*Introducción al derecho romano*, Buenos Aires : Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1972, p. 50), em relação a *imperium*: “su origen etimológico, *imparare*: preparar las filas de los soldados, pasa a significar comandar, así como en castellano ordenar pasa del significado de 'poner en orden' a 'dar órdenes’”.

⁹ ERNOUT/MEILLET, *Dictionnaire*, cit., p. 311: “*Imperium* designe le pouvoir souverain (par exemple du père de famille sur ses enfants, du maître sur ses esclaves); *imperare* veut dire ‘commander en maître’. De là, dans la langue politique, le sens de *imperium* ‘commandement, pouvoir souverain de prendre toutes mesures d’utilité publique, même en dehors des lois’”.

¹⁰ Cito a edição latina da Biblioteca de Autores Cristianos, em quatro volumes (*Summa Theologiae : cura fratrum eiusdem ordinis*, Matriti, Biblioteca de Autores Cristianos, 4 vols., MCMLI-MCMLII), conforme a notação tradicional. Segundo atesta John Finnis, *fellow* do *University College* (Oxford), é a S. Tomás de Aquino que se deve a mais abrangente análise da relação entre razão e vontade já intentada na filosofia ocidental (cf. John Finnis, *Aquinas*, Oxford : Oxford University Press, 1998, p. 62).

Patrística, a razão humana nada poderia diante da vontade depravada pelo “pecado original”, de modo que apenas a redenção conferida pela graça divina seria capaz de conduzir o querer em direção à ação correta.¹¹

Coube a S. Tomás de Aquino, no contexto da recepção da filosofia aristotélica pelo ocidente cristão, ocorrida em meados do Séc. XIII, sintetizar as tradições intelectuais grega e agostiniana, inserindo a vontade na dinâmica do raciocínio prático.¹² Para o grande autor da Escolástica, razão e vontade interagem reciprocamente, pois “a razão raciocina a respeito do querer, ao passo que a vontade deseja raciocinar”.¹³ Todavia, “a vontade é sempre movida à ação pelo intelecto”, embora aja “baseada em julgamentos contingentes quanto ao que é bom ou mau e” esteja “sempre aberta a algum julgamento contingente alternativo proposto, por exemplo, por uma paixão [i. e., um desejo] desordenada”, de modo que “mesmo em seus momentos mais instáveis possa ser comandada por algum julgamento”.¹⁴

Assim, a conduta humana não seria fruto apenas de um ou outro elemento tomado isoladamente, mas de ambos interagindo reciprocamente na pessoa agente.¹⁵

6. Ao ponderar o peso específico de cada uma das duas faculdades da alma, observa o Aquinate que imperar é, propriamente, função da razão¹⁶, pois quem impera ordena a alguém fazer algo, intimando e denunciando.¹⁷

Porém – e isso deve ser acentuado para a correta compreensão da mandamentalidade¹⁸ tal como desenvolvida neste trabalho –, mediatamente, a

¹¹ ALASDAIR MACINTYRE, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, trad. Marcelo Pimenta Marques, São Paulo : Loyola, 2. ed., 2001, p. 171-172.

¹² MACINTYRE, *Justiça de quem?*, cit., p. 182-183.

¹³ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 17, a. 1, resp.

¹⁴ MACINTYRE, *Justiça de quem?*, cit., p. 208.

¹⁵ Sobre o assunto, cf. John Finnis, *Aquinas*, cit., p. 67; Castaño, *La racionalidad*, cit., p. 37-39; Martin Rhonheimer, *Praktische Vernunft und Vernünftigkeit der Praxis : Handlungstheorie bei Thomas von Aquin in ihrer Entstehung aus dem Problemkontext der aristotelischen Ethik*, Berlin : Akademie Verlag, 1994, p. 296-297.

¹⁶ Tem-se em mente, aqui, a razão prática, ou seja, o intelecto enquanto dirige os atos humanos em vista de uma determinada situação concreta, contingente (“aqui e agora”), não a razão teórica, voltada principalmente à contemplação de verdades universais e necessárias.

¹⁷ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 17, a. 1, resp. Cf. também Rhonheimer, *Praktische Vernunft*, cit., p. 296: “Nun ist allerdings das ‘imperium’ bei Thomas wesentlich ein Akt der Vernunft, denn ‘imperare’ oder ‘befehlen’, ‘anordnen’ heisst soviel wie ein ‘autoritativer’, vorschreibender (‘praezeptiver’) oder ‘exhortativer’ Weise ordnen.” Retenham-se as expressões “anordnen” (não por acaso presente nos “Anordnungsurteile”, categoria cunhada por Georg Kuttner), “ordnen”, “praezepiren”, “befehlen”.

vontade também participa da dinâmica do império, na medida em que ela, enquanto princípio do movimento, mostra-se capaz de impulsionar efetivamente o agente em direção ao ato identificado pela razão como correto.

Assim, conclui o Aquinate que imperar é função da razão, pressuposta também a atuação da vontade.¹⁹

7. Além disso, a intimação da razão, para se caracterizar, do ponto de vista da linguagem (dimensão, ao que tudo indica, que somente recebeu a devida atenção com o advento da filosofia analítica), como verdadeira ordem e não como simples conselho, deve vir expressa no modo imperativo, pois, de outra maneira, não se produziria verdadeiro movimento do agente em direção ao ato devido.²⁰

8. Portanto, segundo se extrai da grande composição entre o pensamento helênico e a o pensamento judaico-cristão realizada por S. Tomás, mandar não é sugerir ou aconselhar que outrem faça, mas ordenar; pôr em suas mãos, autoritativamente, o cumprimento do seu dever. E para isso concorrem tanto a razão quanto a vontade.

O grande mérito do pensamento tomista, quanto ao assunto, reside, portanto, em conferir papel de destaque à vontade, na medida em que o destinatário do mandamento precisa ser *movido* em direção à ação ordenada. Daí, como se verá mais ao final do trabalho, a justificação filosófica para o emprego de meios de coerção sobre a vontade do devedor (“execução” ou coerção indireta).

¹⁸ Encontram-se na doutrina várias expressões por meio das quais se pretende expressar o *proprium* da sentença mandamental: “mandalidade” (Alfredo Buzaid, *Do mandado de segurança*, São Paulo : Saraiva, vol. 1 [do mandado de segurança individual], n. 36, p. 73), “mandabilidade” (Simone Duque de Miranda, *A auto-executoriedade da sentença mandamental*, Revista da ESMape, v. 10, n. 21[Jan.-Jun./2005], p. 541-566, esp. p. 543) e mandamentalidade (Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 29, n. 1 e 2, p. 142-144; Ovídio A. Baptista da Silva, “Execução obrigacional e mandamentalidade”, in: José Maria Rosa Tesheiner; Mariângela Guerreiro Milhoranza; Sérgio Gilberto Porto (org.), *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil : estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*, Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 601-616). Por uma questão de fidelidade ao criador e ao maior continuador da categoria objeto desta tese, e também para evitar a multiplicação desnecessária de neologismos, adota-se a forma “mandamentalidade”.

¹⁹ S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 17, a. 1, resp.

²⁰ *Ibidem*. Tem-se em vista, evidentemente, a função lógica da linguagem, não a sua expressão gramatical, pois um imperativo pode ser expresso de muitas maneiras. A respeito dessa distinção, cf. Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino : Giappichelli, 1993, p. 78-82.

2. A mandamentalidade na experiência jurídica romana

A grande referência a respeito da mandamentalidade, sem dúvida, consiste na experiência jurídica romana. Assim, como se verá ao longo deste Capítulo, mesmo que tenha havido influências marcantes do sistema jurídico anglo-saxônico – que precisam necessariamente ser levadas em conta, recebendo o peso que merecem (v. g., os *writs*, as *injunctions* e o *contempt of court* anglo-americanos) –, é no direito romano que devem ser buscadas as raízes últimas, e portanto, próprio arquétipo, da mandamentalidade.

Assim, procurar-se-á demonstrar ao longo dessa exposição que esse modelo, embora recebendo novo alento após a experiência republicana no Brasil, se manteve, às vezes de forma mais explícita, às vezes quase imperceptivelmente, chegando até o direito brasileiro contemporâneo.

Nesse contexto, cumpre definir, em primeiro lugar, como era o órgão judicial e que figuras o representam. Nesse sentido, buscar-se-á a distinção entre o *praetor* e *iudex*. Em segundo lugar, procura-se delimitar claramente o poder de mandar (denominado “*imperium*”) em relação ao de simplesmente “dizer o direito (“*iurisdictio*”), procurando, ainda, as possíveis relações entre ambos. Em terceiro lugar, realizar-se-á o estudo de um dos principais instrumentos de exercício do *imperium*, o *interdictum*, comparando-o com a *actio*, relacionada à atuação da *iurisdictio*.

2.1. *Praetor e iudex*

1. Em verdade, a origem da bipartição do procedimento civil romano em duas fases separadas, conhecida como *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos juízos privados), é questão controvertida entre os romanistas.²¹ Segundo a opinião predominante entre os autores contemporâneos, inexistiriam indícios

²¹ Restrita ao âmbito do processo civil (privado). Às controvérsias de caráter publicístico (como as criminais) não se aplicava a distinção (Theodor Mommsen, *Le droit public romain*, traduit sur la troisième édition allemande, avec l'autorisation de l'auteur par Paul Frédéric Girard, fac-sim. de l'éd. de : Paris : E. Thorin, 1889-1896 (Manuel des antiquités romaines de T. Mommsen et J. Marquardt), Paris : Diffusion De Boccard, 1984, tome III, p. 261).

seguros de que essa bipartição fosse originária, sendo estabelecida, provavelmente, em momento posterior da evolução jurídica romana.²²

Segundo essa visão, no início do período da Realeza, o processamento da demanda seria de competência exclusiva do *Rex*, o primitivo Rei-sacerdote integrante da organização constitucional do período arcaico.²³ Somente com o forte incremento de suas funções não-judicantes, ocorrido no final dessa era, é que teria surgido a necessidade de remeter o julgamento efetivo da causa a um árbitro privado. Segundo assevera Mario Talamanca, na época da edição da *Lex XII Tabularum* (ca. 450 a. C), a separação estrutural do processo já fazia parte da realidade judiciária dos romanos há várias décadas, podendo remontar até mesmo a um século.²⁴

Após o ano de 509 a. C. (momento em que, segundo a tradição, deu-se a instauração da República), a função de ordenar o processamento da causa teria sido entregue a um dos dois *consules*, magistrados que substituíram o *Rex* na condução política do Estado romano. Somente em 367 a. C. teria sido estabelecida uma magistratura específica para exercer essa atividade (a *praetura*), a cargo do magistrado denominado *praetor*, competência para toda a cidade de Roma.²⁵ A ele cabia, fundamentalmente, dirimir conflitos entre cidadãos romanos (*Quirites*), os únicos aptos a participar das instituições jurídicas tradicionais próprias de Roma, nas quais não tinham participação os

²² MARIO TALAMANCA, *Lineamenti di storia del Diritto Romano*, Milano : Giuffrè, 2. ed., 1989, n. 29, p. 133-134; MAX KASER; KARL HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München : Beck, § 3, p. 33-34. Moritz Wlassak entendia que a bipartição ostentava caráter originário justamente por ter o processo civil romano constituído legalização de justiça arbitral não estatal. A visão de Arthur Engelmann (*A history of continental civil procedure*, translated and edited by Robert Wyness Millar, with introductions by William Searle Holdsworth and Samuel Williston, New York : Augustus M. Kelley, 1969, p. 248-251), conquanto faça interessante paralelo entre a distinta natureza do processo romano e do processo germânico, encontra-se, portanto, em descompasso com os dados históricos mais recentes.

²³ KASER/HACKL, *röm. Zivilprozeßrecht*, cit., p. 30; PUGLIESE, *Il processo civile romano*, vol. I, cit., n. 15, p. 87-88. Conquanto tenha sido elaborada na década de 1930, não expressando, necessariamente, a visão contemporânea, mostra-se interessante a hipótese aventada por Francesco De Martino, segundo a qual a *iurisdictio*, na época arcaica, jamais poderia pertencer ao *Rex*, sendo provavelmente confiada aos pontífices, a quem cabia a guarda dos *mores maiorum*, principal fator constitutivo do *ius civile* (*La giurisdizione nel diritto romano*, Padova : CEDAM, 1937, p. 44).

²⁴ TALAMANCA, "Processo civile (diritto romano)", in: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, p. 1-79, esp. p. 24. No mesmo sentido, PUGLIESE, *Il processo civile romano I : le legis actiones*, Roma : Ricerche, 1961-1962, n. 15, p. 88; n. 32, p. 169.

²⁵ PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., n. 19, p. 117.

estrangeiros (*ius civile*, também chamado *ius Quiritium*).²⁶ Segundo alguns romanistas, nessa fase inicial, tocaria a ele, ainda, a resolução das entre cidadãos romanos e não romanos.

Posteriormente, no ano de 242 a. C., essa última função teria sido confiada ao *praetor peregrinus* (*praetor qui inter cives et peregrinos ius dicit*), desdobrando-se, assim, a magistratura em questão em duas figuras distintas.²⁷ Como se sabe, esse último magistrado exerceu papel notável como agente de adaptação do direito às novas realidades sociais, criando todo um ramo do direito conhecido como *ius gentium*.²⁸ Ao que tudo indica, foi esse trabalho do *praetor peregrinus* que conduziu paulatinamente à superação do sistema das *legis actiones* e a instauração do processo *per formulas*.

2. No esquema do *ordo iudiciorum privatorum*, tanto no período das ações da lei quanto no do processo formulário, a atuação do *praetor* se dava na primeira fase do procedimento, denominada “*in iure*”.

Na época das *legis actiones*, o papel desse magistrado se resumia principalmente ao controle da regularidade formal do procedimento. E isso no sentido específico de velar pela correção dos atos praticados pelas partes em juízo, sobretudo no que tange ao cumprimento dos gestos e palavras solenes requeridos pela *legis actio* movida pelo particular. Por outro lado, no sistema formular, consolidado pela *Lex aebutia* e pelas *Leges Iuliae de ordine iudiciorum*, o campo de ação do *praetor* ampliou-se sobremaneira, na medida em que passou a lhe competir também a redação dos termos específicos da fórmula a ser observada no caso concreto.

3. Como visto, a prática de deferir a tarefa concreta de julgar o pleito a pessoa diversa do *praetor* já estava consolidada na época de edição da *Lex XII Tabularum*. Tratava-se, segundo se sabe, de pessoa de confiança das partes,

²⁶ TALAMANCA, *Lineamenti di storia del Diritto Romano*, Milano : Giuffrè, 2. ed., 1989 n. 30, p. 139-140.

²⁷ Embora esse magistrado, originalmente, devesse se encontrar dentro dos limites da *Urbs* durante o período de suas funções, só recebe formalmente a designação de *urbanus* quando instituído o *praetor peregrinus* (cf. Mommsen, *Le droit public romain*, cit., tome III, p. 223). Demais disso, competia a o *praetor urbanus* julgar apenas cidadãos romanos; ao *peregrinus*, conflitos envolvendo cidadãos romanos ou cidadão romano e peregrino (*op. cit.*, p. 252-253). Em termos modernos, trata-se de divisão da competência em razão do lugar e da matéria.

²⁸ WOLFGANG KUNKEL, *Historia del derecho romano*, trad. de Juan Miquel, Barcelona : Ariel, 2. ed., 1970, p. 83-86.

escolhida por elas e investida na função por ato formal do magistrado (designado pela expressão técnica “*dare iudicem*”). Atribuição confiada, inicialmente, a senadores; posteriormente, aberta a cidadãos não necessariamente integrantes desse órgão, relacionados em uma listagem mais abrangente.²⁹

Havia, como é sabido, órgãos judicantes singulares e colegiados. Em relação aos primeiros, destacam-se as figuras do *iudex* e do *arbiter*, sendo que a principal diferença entre ambos residia não na qualidade da função, essencialmente a mesma, mas na maior discricionariedade confiada a esse último na solução da controvérsia.³⁰

4. A mais notória função do julgador privado residia na instrução da causa, com análise das afirmações das partes e exame da prova, culminando na prolação da sentença (*sententia*), por meio da qual decidia qual dos litigantes demonstrava ter razão. Conforme acentua Luzzatto, o julgador privado não exercia por si mesmo nenhum poder estatal, sendo sua atuação legitimada principalmente pela investidura formal do *praetor*.³¹

5. O que foi dito até aqui não significa que a bipartição do procedimento fosse sempre e em todos os casos observada. Como se verá na seção seguinte, havia uma série de situações em que o *praetor* atuava sozinho, fora da ordem prevista.

6. No período do Principado, a *cognitio extraordinaria* do *Imperator* (também um magistrado, conforme a nova organização constitucional do Estado romano) passa a se impor cada vez mais, até suplantar o próprio sistema do *ordo iudiciorum*. Alarga-se, na mesma medida, o poder conferido ao *Princeps* de reformar decisões mediante *appellatio*.³²

²⁹ MOMMSEN, *Le droit public romain*, cit., tome III, 263-264.

³⁰ Quanto aos órgãos colegiados, mostram-se relevantes, no período das *legis actiones*, os tribunais dos *decemviri stilitibus iudicandis*, competente para o exame de demandas envolvendo liberdade de cidadãos, e dos *centumviri*, ao qual era confiado o exame de demandas envolvendo direito sucessório, como por exemplo, a *hereditas petito* e a *querella inofficiosi testamenti* (KASER/HACKL, *röm. Zivilprozeßrecht*, cit., § 7, p. 52-56). Posteriormente, já sob o período formular, destaca-se o tribunal dos *recuperatores*, encarregado de questões concernentes à cidadania.

³¹ G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna : Pàtron, 1965, p. 119.

³² MOMMSEN, *Le droit public romain*, cit., tome V, p. 272-273.

Finalmente, no período do Dominato, desaparece a própria bipartição do procedimento, sendo que as figuras do *praetor* e do *iudex* são substituídas pelo magistrado-funcionário que atuava em nome de César e congregava as funções outrora desempenhadas por ambos.³³

2.2. *Iurisdictio* e *imperium*

Deve-se considerar, em seqüência, a distinção e a relação existente entre *iurisdictio* e *imperium*, poderes de que munido o *praetor* romano, elemento prévio para que se compreenda adequadamente a articulação entre a *actio* e o *interdictum*.

2.2.1. Generalidades

Necessário frisar, antes de tudo, que as noções objeto da presente seção nada têm a ver com a distinção, posta em termos modernos, entre jurisdição e administração. Como observa sinteticamente Ovídio A. Baptista da Silva, a essência da jurisdição reside na aplicação da lei como atividade específica dos juízes, que atuam na condição de terceiros imparciais, em completo distanciamento dos interesses em jogo. A atividade administrativa, por seu turno caracteriza-se pela busca imediata do bem comum em situações específicas e tendo a lei como limite de atuação, condição análoga a de qualquer particular.³⁴ Obviamente, nenhuma dessas noções – que supõem não apenas a ideologia, mas a própria distribuição de tarefas típicas do Estado Liberal – foi desenvolvida ou mesmo formulada no período romano.

Em verdade, os termos *iurisdictio* e *imperium*, genericamente falando, dizem respeito a duas das várias prerrogativas das quais o pretor romano (enquanto *magistratus*) estava investido, juntamente com o *ius edicendi* (poder

³³ JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI; LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, *Lições de história do processo civil romano, Lições de história do processo civil romano*, São Paulo : RT, 1996, p. 139-143.

³⁴ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, Rio de Janeiro : Forense, vol. 1 (processo de conhecimento), 7. ed., 2005 p. 27-28.

de promulgar editais, de caráter visivelmente normativo)³⁵ e a *coercitio* (poder ligado ao especialmente ao exercício dos juízos públicos – *ordo iudiciorum publicorum*). Ambas desempenharam papel fundamental no procedimento privado, mas com função e instrumentação marcadamente distintas.

2.2.2. *Imperium*

1. Como visto anteriormente, o *imperium* encontrava-se ligado ao poderio militar, primeiramente desempenhado pelo *Rex*, posteriormente transferido aos *Consules* e outros magistrados.³⁶ Tratava-se, portando, do poder geral de comando (militar e não-militar), conferido pelo povo a certos magistrados (os “*cum imperio*”), com base no qual se tornavam aptos a exercer todas as funções que consideravam oportunas para o governo, sem a necessidade de que lhes fossem conferidos poderes específicos.³⁷

Deve-se ressaltar o fundamento popular e democrático dessa prerrogativa, uma vez que outorgada ao magistrado por meio de uma lei específica votada e aprovada pela assembléia das Cúrias (*lex curiata de imperio*).³⁸

³⁵ Cf. Gai. 1, 1, 6 (cito a edição de S. RICCOBONO; J. BAVIERA; C. FERRINI *et al.*, [ed.], *Fontes iuris romani antejustiniani*, Florentiae, apud S. A. G. Barbèra, editio altera, 1940) e l. 1, 2, 7 (as referências aos volumes integrantes da Compilação de Justiniano foram extraídas de *Corpus Iuris Civilis, Volumen primum : Institutiones [recognovi Paulus Krueger]; Digesta [recognovit Theodorus Mommsen; retractavit Paulus Krueger]*, Berolini, apud Weidmannos, editio decimasexta, MCMLIV).

³⁶ A idéia de que o *imperium* estaria vinculado ao poderio militar assumido pelos reis etruscos, no final do período da Realeza (nesse sentido, Lapieza Elli, *Introducción al derecho romano*, cit., p. 50), ao que tudo indica, não passe de um mito desprovido de comprovação histórica. Cf., a respeito, Pugliese, *Il processo civile romano I*, cit., p. 163; Talamanca, *Lineamenti*, cit., p. 23.

³⁷ PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., p. 163.

³⁸ ALOÍSIO SURGIK, *Lineamentos do processo civil romano*, Curitiba : Edições Livro é Cultura, 1990, p. 102. Segundo recorda Mario Talamanca (*Lineamenti*, cit., p. 21), “In effetti i magistrati repubblicani, successivamente alla loro elezione nei comizi centuriati, dovevano essere confermati nel loro comando daí più antichi comizi curiati (o da una loro parvenza simbolica). Questa è la procedura che dà luogo alla *lex de imperio*. Secondo la maggior parte degli storici tale cerimonia dovrebbe esser proiettata all'indietro, riferita alla nomina dei *reges*, quando per l'appunto i comizi curiati erano una effettiva realtà politico-costituzionale.”

2. Como recorda com precisão Carlo Augusto Cannata, o *imperium* consistia no poder de estabelecer ordens (= ordenar) passíveis de serem executadas por meio da força pública.³⁹

De forma mais ousada do que a generalidade dos romanistas, afirma Talamanca que por intermédio do *imperium* obtinha-se mesmo a execução patrimonial (direta) das obrigações de pagar quantia certa, assim como a “execução indireta”, tendente a forçar o devedor a saldar o débito.⁴⁰

3. O *imperium* constituía, portanto, prerrogativa de carácter genérico, confiada aos magistrados superiores, especialmente, no período republicano, aos *consules* e ao *praetor*, atuando como base constitucional de todos os demais poderes.⁴¹ Tratava-se de verdadeiro “poder em bloco”, teoricamente ilimitado na extensão (o que não significa fosse arbitrário), circunscrito de forma negativa pelas disposições próprias da organização política do Estado romano, quer dizer, pela lei e pelo vínculo político que ligava o magistrado ao Senado.⁴²

De outra parte a gradação geralmente referida (*imperium merum, mixtum*), encontrada na compilação de Justiniano, não provém do direito clássico, amoldando-se à estrutura administrativa instaurada no Dominato.⁴³

4. Entre as formas de exercício de tal prerrogativa, pode-se apontar a *restitutio in integrum*, a *missio in bona*, assim como os *interdicta* (estes últimos serão estudados em pormenores na seção seguinte).

³⁹ CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino : Giappichelli, vol. II (Il processo formulare), 1983, p. 24-25.

⁴⁰ TALAMANCA, *Lineamenti*, cit., p. 140.

⁴¹ Conforme acentua Theodor Mommsen, a diferença entre o *imperium* do cônsul e o do pretor não era de natureza, mas de qualidade (*Le droit public romain*, cit., tome III, p. 109; 269).

⁴² PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., p. 164: “L'*imperium*, come già si è detto, era un potere in blocco teoricamente illimitato, salvo gli specifici limiti di volta in volta stabilita dalla legge e salvo il vincolo (più politico che giuridico) che legava il magistrato al senato”; TALAMANCA, *Lineamenti*, cit., n. 30, p. 137-138: “l'*imperium* dei magistrati maggiori si caratterizzava come un potere indifferenziato, circoscritto soltanto in via negativa dai limiti che costituivano le garanzie fondamentali dei cittadini e dal sistema di reciproci controlli su cui si fondava il funzionamento della costituzione romana (...), nonché dalla delimitazione delle sfere di competenza dei singoli magistrati (*provinciae*). Anche quando, nel caso del *praetor* che è un *conlega minor* dei *consules*, l'attribuzione di una sfera di competenza è necessaria per l'esplicazione dell'attività di governo (...), al interno della competenza così fissata – che, nell'epoca considerata, è, per il pretore, in linea do massima l'amministrazione urbana, ivi compreso l'esercizio della *iurisdictio* – resta intatta la libertà del magistrato di trovare le forme più opportune per assolvere ai suoi compiti, senza che fosse limitato dalla cornice fornita dal *ius civile*.”

⁴³ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 262 et seq.

2.2.3. *Iurisdictio*

1. A doutrina romanista não encontrou acordo acerca da definição de *iurisdictio*. Houve quem procurasse identificá-la com os *tria verba* (*do, dico, addico*); outros, pretenderam ser ela idêntica ao *imperium*.

Evidentemente, não há dúvida de que o termo em questão se liga à atividade de “dizer o direito” (*ius dicere*), devendo-se estabelecer, de um lado, em consiste o “dizer”, de outro, o que se deve entender pelo termo “ius”.

Parte-se da posição, geralmente aceita (verdadeiro consenso entre os romanistas contemporâneos), que identifica na *iurisdictio* o poder de definir, de forma vinculante, a norma jurídica específica aplicável ao caso concreto.⁴⁴ “Dicere”, nesse sentido, não ostenta caráter meramente declarativo, mas também constitutivo, na medida em que ao magistrato, dentro da esfera de competência que lhe era própria, tocava a tarefa de complementar o ordenamento jurídico romano, desenvolvendo seus princípios implícitos, adaptando-o às novas realidades sociais (daí o *ius pretorium* ou *honorarium*) e, no caso do *praetor peregrinus*, elaborando mesmo um corpo de regras aplicável às relações sociais envolvendo estrangeiros (*ius gentium*).⁴⁵

Como se percebe, dentro da estrutura constitucional que caracterizou o período clássico do direito romano, reconhecia-se ao magistrado a prerrogativa também de verdadeiramente criar direito objetivo, o que rompe com a idéia de uma jurisdição meramente declarativa, já no direito romano.⁴⁶

Pressuposto lógico para as demais atividades exercidas pelo *praetor* na conclusão da fase *in iure: dare actionem* (admissão da ação movida pelo demandante) e *iudici iubere* (nomeação do *iudex* privado, a quem seriam remetidos a instrução e o julgamento da causa).

No contexto das *legis actiones*, além da indicação da regra jurídica constante do *ius civile* (muitas vezes explicitação de uma disposição genericamente estabelecida pelos costumes ou por uma lei preexistentes), competia ao *praetor* o controle do ritual a ser especificamente obedecido no

⁴⁴ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 63-64; LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 122.

⁴⁵ PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., p. 151-157 e 161; idem, *I processo civile romano II : Il processo formulare*, Milano : Giuffrè, tomo 1, 1963, p. 114-115.

⁴⁶ Daí a falsidade substancial e originária do adágio “*iurisdictio in sola notione consistit*”, já denunciada por Pontes de Miranda (*Tratado das ações*, tomo VII, cit., § 3, n. 2, p. 12).

caso específico, e, por extensão, no controle das palavras e dos gestos sacramentais a serem desenvolvidos pelos litigantes. No contexto do procedimento *per formulas*, além da evidente função de redigir concretamente a formula, manifestava-se também a função criativa já mencionada.

De qualquer sorte, apesar das diversas conotações assumidas pela noção, a sua essência constitutiva permanece substancialmente inalterada durante todo o período de manutenção do *ordo iudiciorum privatorum*.⁴⁷

2. Do ponto de vista jurídico-filosófico, é necessário transcender a idéia de que o *ius dicere* se esgotasse na formulação da *norma* jurídica aplicável.

De fato, não se pode olvidar a ligação estreita verificada na mentalidade greco-romana entre direito e justiça. De fato, na percepção dos juristas clássicos, recordada no Digesto de Justiniano, o *ius* é decorrência da *iustitia*.⁴⁸

A justiça, conforme a célebre definição atribuída ao jurista Ulpiano recolhidas nas Instituições, “consiste na vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”.⁴⁹ Essa percepção, que se encontra vinculada à teoria da justiça de Aristóteles, revela a justiça como realidade prática (algo que se deve fazer – “dar”), exigindo a atuação consciente da vontade. O direito, por seu turno, nada mais é do que o *suum*, o seu de cada um.

Digno de ser ressaltado, outrossim, o realismo da linguagem jurídica dos romanos, na medida em que o direito não se identifica com algum conceito abstrato, mas designa a própria “coisa justa”, noção que se concretiza na idéia da ação devida. Em vista disso, pode-se concluir que o *ius* não se restringe, na visão romana, à norma de conduta ou mesmo ao poder de agir (ligado à vontade do sujeito), mas identifica-se com aquilo que se deve fazer em cada situação concreta.

A concretização da justiça exige, contudo, uma forma de saber prático, de caráter prescritivo, apto a indicar a ação adequada em um determinado contexto fático, designado pela terminologia filosófica grega (principalmente aristotélica) como “prudência” (φρόνησις), a que corresponde o termo técnico *prudencia*, empregado pelos juristas romanos.

⁴⁷ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 122.

⁴⁸ D. 1, 1, 1, 1: “Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.”

⁴⁹ I. 1, 1: “iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi.”

Nesse sentido, compreende-se a conhecida definição de *iurisprudentia* atribuída a Ulpiano (“conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto”) como análise da realidade, em sua totalidade, com vistas a discernir a ação justa (o *ius*).⁵⁰

À luz dessas considerações, percebe-se que o referido poder não consistia meramente em declarar uma norma jurídica abstrata a ser aplicada pelo *iudex*, e muito menos declarar o direito subjetivo (em sentido moderno), mas em proclamar solenemente (nos primórdios e no período das *legis actiones* oralmente, posteriormente por escrito) a ação correta a ser praticada na relação social trazida à apreciação do *praetor*.⁵¹

3. Cumpre observar, ademais, que o termo *iurisdictio* refere-se apenas aos processos privados (i. e., no âmbito do *ordo iudiciorum privatorum*) – não ao procedimento criminal (*ordo iudiciorum publicorum*) –, e compreende apenas a atividade do *praetor* na fase *in iure*.⁵² O procedimento desenvolvido perante o *iudex* (*in iudicio*), por seu turno, não constitui verdadeiro exercício de jurisdição, mas da prerrogativa denominada *iudicatio*, de acordo com a terminologia própria da época clássica.⁵³

Pelo que se constata, de forma conclusiva, a tarefa de 'dizer o direito' distinguia-se não somente do 'poder de mandar' (ambos sendo exercidos pelo magistrado, ainda que de diferentes maneiras), como também da função de 'julgar' (*iudicare*), esta atribuída a um privado destituído de poder político.

⁵⁰ D. 1, 1, 10, 2: “*iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.*” A esse respeito, cf. Luis Fernando Barzotto, *Prudência e jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre jurisprudência romana a partir de Aristóteles*, Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito (UNISINOS), 1999:163-192, esp. p. 180.

⁵¹ A redução do *ius* a uma faculdade subjetiva é justamente característica do pensamento jurídico moderno (em oposição ao pensamento jurídico clássico), e se pode notar claramente já nos filósofos tardo-escolásticos, como Guilherme de Occam (MICHEL VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris : Dalloz, nouvelle édition, 1962, p. 221-250; 240-241; *idem*, *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris : Montchrestien, nouvelle édition, 1975, p. 240-262) e Francisco Suárez (FINNIS, *Natural law*, cit., p. 206-207), passando posteriormente a Hugo Grotius e Thomas Hobbes (*op. cit.*, p. 207-208). Tampouco se identificava com a norma jurídica, no sentido do positivismo kelseniano. Ambas as noções têm de ser dissipadas, para que se compreenda corretamente, em termos romanos, a *iurisdictio*, que nada tinha a ver, portanto, com a declaração do direito subjetivo, nem implicava, simplesmente, a formulação de uma norma jurídica concreta aplicável ao caso.

⁵² TALAMANCA, *Lineamenti*, cit., n. 29, p. 132; CANNATA, *Profilo*, vol. II, cit., p. 26; LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 119. Convém assinalar que o *ordo iudiciorum publicorum* se insere, de fato, na esfera da *coercitio*.

⁵³ PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., p. 161.

4. O principal instrumento apto a desencadear o exercício da *iurisdictio* são as *actiones*, cujo conceito será discutido na seção seguinte. Já as *stipulationes praetoriae*, assim como as *missones*, a *restitutio in integrum*, os *interdicta*, e a *bonorum possessio* – sempre na terminologia do direito romano clássico – não pertencem ao campo da *iurisdictio*, encontrando seu fundamento, principalmente no poder genérico e indiferenciado do *praetor (imperium)*.⁵⁴

2.2.4. Relação entre *imperium* e *iurisdictio*

1. Como se percebe, delineou-se no direito romano nítida distinção entre *iurisdictio* e *imperium*. Assim, observa-se que a primeira noção (sempre rejeitando a idéia, errônea, de que “*iurisdictio in sola notione consistit*”, assim como a assimilação simplista aos *tria verba*), acentua a palavra. A segunda idéia, por se turno, destaca a atuação prática do magistrado. Mas por aí já se percebe o caráter complementar de ambas.⁵⁵ O que se deve estabelecer, no presente momento, é a natureza da relação existente entre essas duas funções exercidas pelo magistrado.

Nesse passo, observa-se o consenso entre os principais expositores do processo civil romano em torno da idéia de que, apesar de distinta do *imperium*, a *iurisdictio* encontra nele o seu próprio fundamento.⁵⁶

Nesse sentido, o termo *imperium* designa aquele conjunto indiferenciado e genérico de poderes (verdadeiro feixe de prerrogativas), conferido aos magistrados superiores (especialmente ao *praetor*), circunscrito, como visto, apenas negativamente. *Iurisdictio*, por sua vez, designa um poder específico e definido,⁵⁷ que encontra seu fundamento naquele primeiro. Nesse sentido, ainda que passível de diferenciação, a *iurisdictio* mostra-se como verdadeira

⁵⁴ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., *passim*.

⁵⁵ O que confirma, analogicamente, o teor da conhecida passagem de Rudolph von Jhering: “Das Recht ist nicht blosser Gedanke, sondern lebendige Kraft. Darum führt die Gerechtigkeit, die in der einen Hand die Wagschale hält, mit welcher sie das Recht abwägt, in der anderen das Schwert, mit dem sie es behauptet. Das Schwert ohne die Wage ist die nackte Gewalt, die Wage ohne das Schwert die Ohnmacht des Rechts.” (*Der Kampf um's Recht*, Wien : Manz'sche k. u. k. Hoff-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 14. Aufl., 1900, p. 1).

⁵⁶ GANDOLFI, *Contributo allo studio del processo interdittale romano*, Milano : Giuffrè, 1955, p. 128; DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 255; .

⁵⁷ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 255.

continuidade do *imperium*.⁵⁸ Do quanto dito não se deve extrair a conclusão precipitada de que ambas as prerrogativas andam necessariamente juntas. Assim, após a instituição do cargo de pretor, os *consules* praticamente foram privados das funções jurisdicionais, embora titulares por excelência do *imperium*. Em contrapartida, mesmo os magistrados municipais, que eram desprovidos de *imperium*, foram investidos de *iurisdictio*.⁵⁹

2. Finalmente, constata-se que o processo de afirmação da *cognitio extraordinaria* do *Imperator* (cujo desenvolvimento detalhado extrapola os limites estreitos deste estudo), desdobrada nos novos cargos a ele subordinados, acaba por sufocar a competência judiciária do *praetor*.⁶⁰

2.3. Actio e interdictum

Uma vez estabelecida a distinção e as relações entre a *iurisdictio* e o *imperium*, cumpre investigar de forma mais aprofundada seus dois principais meios de exercício e manifestação: respectivamente, a *actio* e o *interdictum*.

2.3.1. Generalidades

Antes de tudo, constata-se que o conceito de ação deve ser apreendido a partir do estudo da experiência jurídica romana, renunciando-se a qualquer tentativa de projetar no direito romano categorias modernas, que lhe foram completamente desconhecidas. Assim, não faria sentido tentar identificar a ação romana pura e simplesmente com a ação material ou a ação processual, tampouco qualificá-la como abstrata, concreta ou eclética. Importa acercar-se da noção tal como concebida naquele período histórico.

2.3.2. Actio

⁵⁸ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 121.

⁵⁹ PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., p. 165-166.

⁶⁰ DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., p. 348.

Conforme ensina Vittorio Scialoja, na acepção original, o termo *actio* (sinônimo de *actus*) designava os atos jurídicos em geral, isto é, quaisquer atos solenes destinados à produção de efeitos jurídicos, como a *mancipatio* e a *stipulatio*.⁶¹ Perceptível nessa acepção os traços do formalismo ritual típico do direito arcaico, elemento que dominou toda a vida jurídica romana nesse período.⁶² Aplicado especificamente ao campo da administração da justiça, a expressão passou a designar a conduta de todos os sujeitos do processo (partes e magistrado) e, *a fortiori*, o processo mesmo.⁶³ Só mais tarde o termo parece ter se restringido aos atos praticados exclusivamente pelo demandante.⁶⁴

Assim, as “ações da lei” (*legis actiones*) foram chamadas dessa maneira tanto pelo fato de terem sido previstas em lei (distinguindo-se, assim, as “ações pretorianas”, concedidas pelo *praetor*, em período posterior da evolução histórica verificada pelo processo civil romano), como também pela necessidade de o autor conformar suas expressões estritamente aos termos legais, com o que as referidas ações acabaram por se tornar imutáveis.⁶⁵ Ações, em sentido restrito, portanto, referiam-se à atividade processual desenvolvida pelos litigantes (incluindo o réu), especialmente às palavras certas (*certa verba*) a serem proferidas pelo autor.⁶⁶

No contexto do procedimento formular, ainda em termos gerais, a expressão “actio” assume significação verdadeiramente substancial, designando o direito mesmo feito valer pelo autor contra o demandado.⁶⁷ Nesse contexto, deve-se aceitar o lugar comum de que os romanos conceberam o ordenamento jurídico não à maneira do direito europeu continental da modernidade, como sistema de direitos (ou regras), mas como

⁶¹ VITTORIO SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Padova : CEDAM, 1936, § 8, p. 66-67.

⁶² CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo : Saraiva, 2. ed., 2003, p. 12.

⁶³ PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., n. 3, p. 8-9: “Bisogna dunque piuttosto pensare alle accezioni di ‘agere’ e ‘actio’, che alludevano, non a un agire qualsiasi, ma a un agire secondo certe regole o certi riti e con la recitazione di formule predisposte. (...) Pertanto dobbiamo vedere in ‘actio’, anziché un’allusione all’esercizio della difesa privata di cui l’antico processo conservava visibili tracce, la considerazione della ritualità e del formalismo orale, che caratterizzavano gli atti processuali di quel tempo.”

⁶⁴ PUGLIESE, *Il processo civile romano I*, cit., n. 3, p. 9.

⁶⁵ Essa a explicação de Gaio (4, 11).

⁶⁶ TALAMANCA, *Lineamenti*, cit., n. 29, p. 135.

⁶⁷ SCIALOJA, *Procedura*, cit., § 8, p. 67.

sistema de ações. Nesse sentido, onde o jurista moderno diria que há um direito (v. g., direito de receber a coisa comprada), o romano veria uma ação (e. g., *actio ex empto*).⁶⁸

2. Seja como for, a categoria fazia parte das instituições próprias do *ius civile*, entendido aqui como o direito tradicional, aplicável unicamente aos cidadãos romanos. Justamente em função disso, acentua-se a íntima ligação entre *actio* e *obligatio* (conforme destacado por Emilio Betti⁶⁹, cujo pensamento é retomado, no Brasil, principalmente por Ovídio A. Baptista da Silva).⁷⁰

De fato, que as ações fossem o veículo normal de realização das obrigações, atesta uma multiplicidade de fontes romanas, especialmente uma passagem atribuída ao jurista romano Celso (Lib. III Digestorum), conservada na compilação de Justiniano em duas diferentes versões: “nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat, iudicio persequendi” (Digesto); “actio autem nihil aliud est quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur” (Instituições).⁷¹

Analisando especificamente essa definição, percebe-se que a referência ao “juízo” deve ser entendida na acepção técnica, própria do processo romano clássico, designando aquela fase do procedimento ordinário (*ordo iudiciorum privatorum*) que se desenvolve perante o *iudex* privado e culmina com a prolação de uma sentença condenatória.⁷²

3. Em verdade, a natureza condenatória da decisão judicial já era visível mesmo no processo romano arcaico. De fato, na *legis actio sacramento* (cuja essência reside na aposta feita por cada uma das partes, denominada de *sacramentum*⁷³), o objeto do acerto judicial não era propriamente a

⁶⁸ Nesse sentido, James Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, Barcelona : Labor, 1936, p. 29.

⁶⁹ EMILIO BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano : Giuffrè, 1955; *idem*, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, 1920, republicado parcialmente na *Teoria generale dell'obbligazione*, Milano : Giuffrè, vol. II, 1953 (texto efetivamente consultado para este trabalho).

⁷⁰ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, São Paulo : RT, 3. ed., 2007.

⁷¹ D. 44, 7, 51; I. 4, 6, pr.

⁷² VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart : K. F. Koehler, 1951, p. 23-24; *idem*, *Das Recht des Besitzes*, Giessen : Georg Friedrich Heyer, 6. Aufl. 1837, § 34, p. 446: “Das Wesen der actio bestand darin, daß der Prätor für die Fälle derselben schon im Edict ankündigte, nicht daß er selbst etwas thun, sondern daß er einen iudex zur Entscheidung bestellen und instruieren wolle (iudicium dabo).”

⁷³ VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Cours de droit romain (Les actions)*, Napoli : Jovene, 1935, p. 12.

relação jurídica material (a essa altura do procedimento já submetida a novação, em virtude da eficácia consumativa da *litiscontestatio*), mas determinar qual das apostas era justa (*an sacramentum iustum sit*) e, conseqüentemente, quem efetivamente teria razão.⁷⁴

Tal característica restou conservada no procedimento formular (pelo menos quanto à sentença de procedência do pedido), bastando recordar o papel da *condemnatio*, parte da *formula* por meio da qual o *praetor* atribuía o juiz o poder de condenar ou absolver.⁷⁵ Convém acentuar o caráter sempre pecuniário da condenação, qualquer que seja o direito perseguido em juízo (mesmo real, como se verá adiante).

4. Outro ponto assentado pela doutrina romanística mais recente consiste em que o termo *obligatio*, na definição de Celso, é tomado no sentido estrito, próprio do Direito das Obrigações, não na acepção genérica, estranha à terminologia jurídica romana, de simples dever jurídico, contrapartida de todo e qualquer direito subjetivo.

Em verdade, a inaptidão do procedimento ordinário para a realização específica do direito de crédito (que, ao ser deduzido em juízo, se converte em pecúnia, qualquer que seja seu conteúdo) explica-se a partir da peculiar estrutura da obrigação romana.

De fato, o termo *obligatio* designava aquela categoria de relações jurídicas típicas que, segundo o *ius civile*, constituindo um vínculo de responsabilidade de pessoa a pessoa.⁷⁶ “Do ponto de vista da responsabilidade”, escreve Betti, “a obrigação romana apresenta caráter estritamente pessoal, enquanto constitui um vínculo que investe rigidamente a pessoa do obrigado, e [pelo menos no período arcaico] se faz valer de modo ilimitado sobre o seu corpo e patrimônio.”⁷⁷

⁷⁴ ARANGIO-RUIZ, *Les actions*, cit., p. 12 e 15.

⁷⁵ Gai. 4, 43: “Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur, velut haec pars formulae: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNA. SI NON PARET, ABSOLVE.” Cf. ARANGIO-RUIZ, *Les actions*, cit., p. 45.

⁷⁶ BETTI, *Teoria*, cit., p. 12. Cf. D. 44, 7, 3, pr.: “Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.”

⁷⁷ BETTI, *La struttura*, cit., p. 3.

Por outro lado, a própria prestação, no contexto do direito romano clássico, não seria destacável da pessoa do devedor e, normalmente, não pode ser objeto de execução *in natura* sem o concurso de sua atividade.⁷⁸ Isso significa que o credor não teria como obter a prestação específica independentemente da vontade do devedor. Justamente por isso, considerada sob o aspecto do débito (*debitum = id quod debetur*), a *obligatio* “apresenta um conteúdo exclusivamente pecuniário, na medida em que não confere ao credor outro poder que o de obter apenas o equivalente em dinheiro da prestação devida, não essa mesma prestação, seja coisa, seja obra”.⁷⁹

Como se percebe, todas as obrigações (especialmente as de dar e fazer) eram vistas como infungíveis, convertendo-se, quando exigidas em juízo por meio de *actio* em obrigações pecuniárias. O que explica o fato, já assinalado, de que a condenação sempre tenha por objeto uma quantia em dinheiro substitutiva da prestação específica, obtida por meio do procedimento da *aestimatio* (= apuração do equivalente pecuniário).⁸⁰

5. Em conclusão, afirma von Savigny que *actio* consistia originalmente no direito de exigir perante um juiz aquilo que o outro é obrigado a prestar *ex obligatione*.⁸¹

6. A realização dos direitos reais, em contrapartida, seguia caminho diverso. Inicialmente, deve-se recordar que o *ius in rem* apresenta como único objeto a coisa (relação direta do proprietário com o bem), bem marcada pela definição supra mencionada, conservada no Digesto (“*corpus nostrum*”). Já o instrumento processual adequado para sua tutela consistia na *vindicatio*.⁸² Hipótese de que tenha constituído verdadeira ação privada (no sentido

⁷⁸ BETTI, *La struttura*, cit., p. 6.

⁷⁹ BETTI, *La struttura*, cit., p. 3.

⁸⁰ BETTI, *La struttura*, cit., p. 7; mais amplamente p. 20-21 (prestação secundária, consistente no equivalente pecuniário da prestação primária; conversão desta naquela). Daí a visão peculiar de Betti, segundo a qual a *litiscontestatio* não altera a responsabilidade, que é reforçada e perpetuada, restringindo-se tal efeito ao débito. Aí reside propriamente a identidade fundamental de estrutura entre *actio* e *obligatio*. Com base nisso, afirma (*op. cit.*, p. 43) que a conhecida definição de obrigação nas Instituições de Justiniano (l. 3, 12, pr) teria sido interpolada com vistas a adaptar-se ao novo sistema que primava pelo seu cumprimento *in natura* (l. 4, 6,32).

⁸¹ VON SAVIGNY, *Methodenlehre*, cit., p. 24.

⁸² Incisivamente, Friedrich Carl von Savigny (*Methodenlehre*, cit., p. 23): “Ursprünglich gab es nur zwei Rechtsmittel, Aktion und Vindikation. Alle Vindikation wird von der Praetor geführt, die form der actio beruhte darauf, daß der Praetor einen Judex gab. Sachenrecht respondiirt der Vindikation, Obligationenrecht der Aktion.”

naturalístico do termo) do proprietário com vistas à recuperação da coisa, submetida a apenas ao controle formal do *praetor*.⁸³

7. Apesar dessa distinção de origem, deve-se assinalar o processo de elaboração conceitual, que ganhou forte impulso com a recepção da filosofia grega em Roma (especialmente estóica), que culminou com a unificação das duas categorias sob o mesmo gênero, falando-se, assim, em *actio in rem* e *actio in personam*.⁸⁴ Trata-se apenas dos passos iniciais de um processo mais amplo, que Ovídio A. Baptista da Silva identificou como “pessoalização do direito real”, segundo do qual, uma vez deduzidos em juízo, todos os direitos subjetivos transformar-se-iam em direitos de crédito.

Nesse contexto, mesmo a *legis actio sacramento in rem* se resolveria em simples condenação ao pagamento da aposta, a menos que o demandado restituísse a coisa.⁸⁵ Da mesma forma ocorria com a *actio in rem* do período formular, também descaracterizada do elemento vindicatório original.⁸⁶

Os compiladores do Digesto não apenas procuraram suprimir quaisquer vestígios do processo romano clássico, como também atenuar e até mesmo apagar a diferença claríssima entre a *actio in rem* e *actio in personam*.⁸⁷ Daí as célebres definições (muito próximas, em sua literalidade) encontradas nas Instituições e no Digesto.

Já no direito justinianeu, a mesma definição de Celso passou a designar realidade bastante diferente, pois a expressão “(in) iudicio” referir-se-ia não mais apenas à parte do procedimento desenvolvida perante o *iudex*, mas ao procedimento como um todo, perante qualquer juízo. Da mesma forma, o “quod

⁸³ Hipótese argüida por Ovídio A. Baptista da Silva, com base em lição de von Jhering e von Savigny (*Jurisdição e execução*, cit., p. 61-65); cf. KASER/HACKL, *röm. Zivilprozeßrecht*, cit., § 14, I, 1, p. 90.

⁸⁴ Para um desenvolvimento do tema, inviável nos limites desta tese, cf. KUNKEL, *Historia del derecho romano*, p. 108-112; HELMUT COING, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, ZSSR (RA), 69(1952):24-59; FRITZ SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford : Clarendon Press, London : Oxford, [1967], 62-86 (esp. p. 83: “at any rate it is unbelievable that from the beginning the *actiones* fell into the schematized classification which we find in Gaius”).

⁸⁵ A possibilidade de tutela específica das obrigações de dar, no período clássico é objeto de disputa entre os romanistas (CRUZ E TUCCI/AZEVEDO, *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 65-66). De qualquer sorte, a passagem em que o assunto é discutido (Gai. 5, 114) mostra-se praticamente ilegível.

⁸⁶ Mas as *actiones in rem* eram *actiones arbitrariae* (Gai. 4, 114), podendo o juiz ordenar a restituição da coisa (*iussum de restituendo*).

⁸⁷ BETTI, *La struttura*, cit., p. 50.

sibi debetur” designaria tudo o que se pudesse esperar e exigir de outrem, sem relação necessária entre a *obligatio* e o fundamento da exigência.⁸⁸

O ágono da Escola Histórica sintetiza afirmando que a justificativa para essa evolução conceitual reside no processo histórico, pois, durante muito tempo não haveria outras ações além das *in personam*, de modo que a expressão só abrangia as *in personam*. Posteriormente, foram introduzidas as *actiones in rem*. Num primeiro momento, a tendência foi separá-las das ações pessoais, reservando a elas o termo *petitio*. Posteriormente, foram reunidas em um gênero comum.⁸⁹

8. Por seu turno, a execução foi concebida, até o final do período clássico, como atividade verdadeiramente privada, característica particularmente sensível no sistema das ações da lei. Recordar-se, nesse sentido, da *legis actio per manus iniunctionem*, verdadeiro exercício de coação sobre a pessoa do devedor, realizada privada e privadamente pelo credor e sujeita simplesmente à fiscalização do Estado, cuja função se limitaria a certificar solenemente o adequado cumprimento dos respectivos gestos e palavras rituais.

Também desempenhava função executiva a *legis actio per pignoris capionem*. Essa ação da lei, de caráter nitidamente excepcional, pois que admitida apenas em casos especiais, e, diferentemente da outra, atuava apenas sobre os *bens* do demandado, sendo, por isso mesmo, identificada como a primeira forma de execução genuinamente patrimonial praticada no direito romano.

⁸⁸ VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin : Veit und Comp, 5. Bd, 1841, § 205, p. 10-11: “Man kann es nicht es nicht einmal einen Fehler nennen, daß diese Definition an die Spitze des Institutionentitels gesetzt worden ist, da die außerdem veränderte Bedeutung der darin vorkommenden Worte jedem an sich Mißverständniß verbeugt. Denn *judicium* heißt im Justinianischen Recht nicht mehr der Prozeß vor einem *Judex*, sondern jedes Gericht und jeder Rechtsstreit überhaupt; und auch der Ausdruck *quod sibi debetur* kann in diesem Zusammenhang füglich von Allem, was man zu erwarten und zu verlangen hat, verstanden werden, ohne ausschließende Beziehung auf eine *Obligation* als Grund des Verlangens.”

⁸⁹ VON SAVIGNY, *System*, 5. Bd, cit., § 205, p. 11: “Der Grund desselben liegt darin, daß lange Zeit überhaupt keine andere Klagen vorkamen, als *in personam*, in welcher Zeit auch der Name *actio* mit diesen identisch seyn mußte. Als späterhin auch eigene *in rem* eingeführt wurden, gebrauchte man für diese zuerst den unterschiedenen Namen *petitio*, bis man es gerathener fand, den Ausdruck *actio* so auszudehnen, daß beiderley Klagen als Arten unter einen gemeinschaftlichen Gattungsbegriff zusammen gefaßt werden konnten.”

9. A função exercida pela *manus iniectio*, no período formular, passou a *actio iudicati*, a qual constitui, como recordam Kaser e Hackl, o meio ordinário de execução, apresentando, todavia, natureza meramente condenatória.

Para evitar a infâmia, restava ao devedor a possibilidade de recorrer à *bonorum cessio*, forma de cessão de seu patrimônio ao próprio credor.⁹⁰

10. De fato, a execução patrimonial restou generalizada com o advento da *Lex Poetelia Papiria* (326 a. C.), que estabeleceu o princípio segundo o qual os créditos pecuniárias encontram-se ligados aos bens do devedor, não ao seu corpo (“*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium, esse*”). Concretamente, materializou-se por meio de expediente introduzido pelo direito pretoriano, tendente à execução concursal de todo o patrimônio do devedor (restando irrelevante a circunstância de ser o ativo maior do que o passivo).⁹¹ Empregava-se, para tanto, uma forma especial de *missio in possessionem*: a *missio in bona rei servandae causa*, procedimento que culminava com a alienação de todo o patrimônio do obrigado (*bonorum venditio*) e, conseqüentemente, conduzia à sucessão *in universum ius* pelo terceiro, que efetivamente procedia à satisfação dos credores.⁹² Procedimento de natureza infamante⁹³

11. A evolução do sistema conduziu à praxe introduzida, provavelmente, na época de Otávio Augusto, de destacar somente alguns bens (*bonorum distractio*).⁹⁴ De início, restringia-se a situações excepcionais, como por exemplo, em favor de membros da classe dos senadores e outras figuras distintas da sociedade romana (*clarae personae*). Terminou por substituir completamente, no período do Dominato (Baixo Império) a *bonorum venditio*, instituição muito mais complexa.⁹⁵

12. Destaca-se, ainda, o *pignus in causa iudicati captum* (procedimento de *extraordinaria cognitio*, introduzido por um Rescrito do Imperador Antônio Pio –

⁹⁰ KASER/HACKL, *röm. Zivilprozeßrecht*, cit., § 61, p. 406

⁹¹ KASER/HACKL, *röm. Zivilprozeßrecht*, cit., § 57, I, p. 388

⁹² ALFREDO BUZAID, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo : Saraiva, 1952, n. 13, p. 56-57.

⁹³ Segundo Kaser/Hackl (*röm. Zivilprozeßrecht*, cit., § 57, I, p. 388-389), explica-se por ser originada da execução pessoal, cujo rigorismo, por uma questão de apego à tradição típica dos romanos, perdurou mesmo na execução patrimonial criada pelo pretor.

⁹⁴ BUZAID, *Concurso de credores*, cit., p. 86

⁹⁵ BUZAID, *Concurso de credores*, cit., n. 43, p. 88

D. 42, 1, 15, pr.), aplicável à execução pecuniária e consistente em verdadeira penhora efetivada por funcionários comparáveis aos atuais oficiais de justiça (*apparitores*).⁹⁶

2.3.3. *Interdictum*

1. Encontra-se além dos objetivos deste trabalho estudo aprofundado dos interditos romanos, especialmente de suas espécies e das minúcias de seu procedimento. Basta acentuar a sua natureza e vinculação com os as categorias já analisadas, para constatar que se trata de forma de tutela autônoma, relativamente à *actio*, constituindo modelo e fonte da tutela jurisdicional mandamental

Antes de tudo é preciso frisar que o problema de definir se os *interdicta* romanos constituem exercício de *imperium* ou *iurisdictio* nada tem a ver com a questão atinente à classificação dos mesmos como atos jurisdicionais ou administrativos. Esta última é indagação que interessa à mentalidade dos processualistas modernos que se lançaram à árdua tarefa de estabelecer a fronteira entre ato jurisdicional e ato administrativo. Aquela outra diz respeito propriamente ao direito romano, e que será considerada a partir de agora.⁹⁷

2. A característica marcante do instituto, já percebida por von Savigny (embora sua doutrina a respeito, de um modo geral, esteja ultrapassada) consiste em que, ao contrário da *actio*, o *interdictum* (caso fosse julgado procedente) resolvia-se em um comando ou proibição emanado diretamente do *praetor*, sem a nomeação de um *iudex*.⁹⁸ Constitui, nesse sentido, modalidade excepcional ao *ordo iudiciorum*, típica do processo romano clássico.

Assim, a fonte principal para compreensão do instituto não está na compilação de Justiniano, elaborada no séc. VI, mas nas Institutas de Gaio:

“Em certos casos o pretor ou o procônsul interpõe desde o início a sua autoridade para terminar as controvérsias; isso fazem sobretudo quando há contenda entre as partes a respeito da posse ou quase-posse. E em suma,

⁹⁶ BUZAID, *Concurso de credores*, cit., n. 37, p. 81-83. Sobre o respectivo procedimento, cf. D. 42, 1, 15, 3.

⁹⁷ GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 24.

⁹⁸ VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 34, p. 447.

ou manda fazer ou proíbe se faça algo. As fórmulas e as palavras usadas nestas questões se chamam interditos, ou mais exatamente, interditos e decretos.”⁹⁹

Gandolfi, afastando-se da visão predominante até meados do século XX, não empresta relevância exagerada, ao termo “principaliter”, que deveria ser compreendido não como “desde o princípio” (como na tradução de Alexandre Correia, antes reproduzida), mas “principalmente”, em referência ao papel de destaque desempenhado pelo *praetor*, em oposição ao do *iudex*, no caso da *actio*.¹⁰⁰

Pressupõe uma contenda, isto, próprio e verdadeiro conflito de interesses. Mandamento baseado na autoridade, isto é, no *imperium* do *praetor*, com o objetivo nítido de colocar fim à controvérsia em situações ligadas à posse.

Luzzatto assinala que se tem em vista não uma situação regulada pelo *ius civile*, mas a proteção de um estado de fato.¹⁰¹

3. Merece relevo a circunstância de que os *interdicta* apresentavam procedimento distinto do das *actiones*,¹⁰² em relação ao qual se firma como alternativa real.¹⁰³ Aspecto que se traduz na existência de cognição sumária, com análise da argumentação das partes e instrução probatória, o que seria impensável no procedimento *in iure* característico do *ordo*.¹⁰⁴

Provavelmente sem a *in ius vocatio* típica, permitindo a emissão da ordem mesmo sem a presença do réu.¹⁰⁵

⁹⁹ Gai. 4, 139: “Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet. formulae autem et verborum conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.” A tradução é do romanista Alexandre Correia e encontra-se disponível em CRUZ E TUCCI/AZEVEDO, *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 224.

¹⁰⁰ GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 19-21. De forma semelhante, LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 150.

¹⁰¹ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 152; 213. Gandolfi, à luz da doutrina administrativista italiana, afirma a natureza jurisdicional dos *interdicta*, na medida em que ofereciam forma de tutela sumária de interesses individuais qualificados como verdadeiros direitos subjetivos (*Contributo*, cit., p. 161).

¹⁰² GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 49.

¹⁰³ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 145.

¹⁰⁴ GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 67-69; no mesmo sentido, substancialmente, LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 229-230; p. 236.

¹⁰⁵ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 225.

O procedimento interdital culminava com a emissão de um preceito (primitivamente incondicionado), concreto e imediato, representando verdadeira ordem vinculante para as partes e exeqüível (em sentido genérico, atécnico) especificamente, *manu militari*.¹⁰⁶ Assim, por exemplo, no caso do interdito de *operis novi nuntiatio*, se o réu fizesse alguma obra contra o decreto do pretor, seria coagido a destruí-la.¹⁰⁷ Se assim não fosse, o *imperium* do *praetor* seria verdadeiramente “inane e ilusório”.¹⁰⁸

Como se vê, a possibilidade ora delineada configura nítida exceção ao “cânone fundamental do processo romano”, antes estudado, segundo o qual todas as obrigações, inclusive as de fazer e não-fazer, ao serem deduzidas em juízo, se convertiam em obrigações pecuniárias.¹⁰⁹

4. Posteriormente (e se pode pensar, nesse caso, na afirmação do procedimento formulário, em substituição ao das *legis actiones*), a complexidade e crescente volume das relações sociais, assim como a dificuldade de efetivar accertamentos probatórios, impuseram ao *praetor* a necessidade de formular interditos condicionados, por meio da inserção, no decreto, de uma *exceptio*, a qual remetia posterior exame da prova pelo *iudex*, no contexto de uma futura e eventual *actio ex interdicto*.¹¹⁰

Percebe-se, nessa senda, que os *interdicta*, ao contrário do que a doutrina romanística mais antiga supunha,¹¹¹ não necessariamente desencadeavam uma *actio*, a ser remetida ao *ordo iudiciorum privatorum*. Tal ocorria, na prática, apenas nos casos em que fosse contestada a situação de fato pressuposta no interdito, ou quando o cumprimento *in natura* do dever jurídico se tornasse impossível em razão da conduta dolosa ou culposa do demandado.¹¹²

Daí os três comportamentos passíveis de ser adotados pelo demandado: cumprir a ordem; descumpri-la pura e simplesmente, sem alegar justificação

¹⁰⁶ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 227.

¹⁰⁷ D. 39, 1, 20, 1.

¹⁰⁸ D. 43, 8, 7.

¹⁰⁹ GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 97-98.

¹¹⁰ GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 75-76.

¹¹¹ Cf., de forma paradigmática, as visões de VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 34, p. 448; E. MACHELARD, *Théorie générale des interdits en droit romain : exposition détaillé des interdits possessoires*, Paris : Auguste Durand, 1864, p. 6.

¹¹² GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 110; LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 213-214.

alguma; contestar a legitimidade do provimento do magistrado, em razão de algum elemento fático.¹¹³ No primeiro caso, pode-se dizer que o interdito alcançou seu objetivo; no segundo, o demandado sujeitava-se às conseqüências da própria desobediência, sofrendo as medidas de coerção estabelecidas pelo *praetor*. Apenas na terceira situação ensejaria a propositura de uma *actio ex interdicto*, destinada a provocar o reexame das situações de fato.¹¹⁴ Esse desenvolvimento sucessivo tinha por objeto justamente objeto os pontos não definitivamente solucionados pelo pretor e consubstanciados nas *exceptiones* apostas ao decreto, mostrando-se como verdadeiro “apêndice” (complemento) do procedimento desenvolvido perante o *praetor*.¹¹⁵

Além disso, Gandolfi aponta casos em que a “execução forçada na forma específica” da obrigação não exclui o ajuizamento de uma *actio* destinada ao ressarcimento dos danos, como aquele que o *praetor* emite um interdito proibitório: o uso da força pública para forçar o réu desobediente a cumprir o preceito não elimina a possibilidade obter o ressarcimento dos prejuízos já verificados.¹¹⁶ Trata-se de ponto digno de nota.

2.3.4. Absorção do *interdictum* pela *actio*

A partir dessas idéias, chegou-se a conclusão de que o direito romano clássico conheceu “dois sistema autônomos de processo civil, um, voltado à obtenção de mandado inquisitório, por vezes liminar, concedido mesmo sem a presença da parte contrária, mediante cognição sumária das afirmações do autor, aceitas como verazes, ante a revelia do demandado e se conformes com o edito; outro, destinado à solução de um contraditório manifestado desde o início, com a presença obrigatória das partes, desprovido, portanto, de mandado concreto e relegada a causa à cognição privada”.¹¹⁷

¹¹³ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 228.

¹¹⁴ LUZZATTO, *Il problema*, cit., p. 228.

¹¹⁵ GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 113-114.

¹¹⁶ GANDOLFI, *Contributo*, cit., p. 111.

¹¹⁷ GALENO LACERDA, *Mandados e sentenças liminares*, Revista Processo e Constituição, 1(dezembro/2004):11-27, esp. p. 18. No mesmo sentido, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “A eficácia executiva da ação de imissão de posse”, in: *Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 13-31, esp. p. 30; *idem*, *Jurisdição e execução*, cit., p. 25; LUZZATO, *Il problema*, cit., p. 145.

O mesmo processo histórico-ideológico que levou à pessoalização dos direitos reais (e, conseqüentemente, à identificação da *vindicatio* com a *actio*) também conduziu ao desaparecimento dos *interdicta* enquanto tais. Assim, constata-se que os interditos tornam-se formal e materialmente *actiones*, com cujo conceito foram fusionados.

3. A mandamentalidade na experiência jurídica luso-brasileira

Analisa-se, em seguida, a presença da mandamentalidade na tradição jurídica luso-brasileira, principiando pela elaboração verificada na Europa continental a partir da recepção teórica do direito romano erudito na Universidade de Bolonha, passando pela praxe cotidiana do *ius commune*.¹¹⁸

3.1. Elaboraões do *ius commune*

Pode-se considerar como pontos altos dessa elaboração o *processus executivus* e pelas ações cominatórias.

3.1.1. O “*processus executivus*” medieval

1. Os primeiros romanistas medievais pretenderam aplicar à execução da sentença o sistema da *actio iudicati*, exigindo-se, por conseguinte, a propositura de nova demanda, a realização de novo chamamento a juízo (reabrindo-se, portanto, o contraditório), e a prolação de nova sentença condenatória. O princípio então adotado era de que “para obter execução, deve-se propor, com apoio na sentença de condenação, nova ação” (*actio*).¹¹⁹

O fato é que a generalidade dos juristas medievais acabou por rejeitar essa idéia, procurando caminhos alternativos que pudessem evitar a multiplicação indefinida dos litígios, facilitada pelo espírito formalista do

¹¹⁸ “Designa-se *direito comum* (*ius commune*) o sistema normativo de fundo romano que se consolidou com os Comentadores e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até finais do século XVIII” (Mário Júlio de Almeida Costa, *História do direito português*, Coimbra : Almedina. 3. ed., 8. reimpressão, 2007, n. 42, p. 254).

¹¹⁹ ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Embargos do executado*, trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo : Saraiva, 1952, p. 50.

solemnis ordo herdado do direito romano tardio.¹²⁰ A solução, segundo a referência segura de Enrico Tullio Liebman, foi encontrada pelo glosador Martinus de Fano, que inseriu a execução entre as atividades compreendidas no ofício do juiz (*officium iudicis*). Por isso mesmo, poderia ser exercida independentemente do ajuizamento de nova demanda, procedendo-se sumariamente, “sem forma e figura de juízo”.¹²¹

Essa concepção encontra-se alicerçada na idéia de que a execução, entendida, em sentido amplo, como atividade prática do julgador, assemelhava-se a institutos romanos como os *interdicta* e a *missio in bona*, pertencendo mais ao *imperium* do juiz do que propriamente à *iurisdictio*, o que também é digno de atenção.¹²² De acordo com tal concepção, o juiz receberia o poder executar pelo simples fato de ter proferido a sentença; daí o princípio segundo o qual o julgado já tem execução preparada (*sententia habet paratam executionem*).¹²³

2. De outra parte, os costumes e estatutos de certas cidades da Toscana e Lombardia, já no séc. XII, passaram a estender a *parata executio* a documentos que contivessem confissão do devedor, feita perante o juiz, aplicando o princípio romano segundo o qual o confitente é equiparado ao condenado (*confessus in iure habetur pro condemnato*, cf. C. 7, 59, 1).¹²⁴ Tais instrumentos eram garantidos pela autoridade do juiz (configurando aquilo que Chiovenda denomina “processo aparente”)¹²⁵ e, por isso mesmo, tornados firmes e estáveis.¹²⁶

¹²⁰ LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 51-52.

¹²¹ LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 53-56.

¹²² LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 54.

¹²³ LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 58.

¹²⁴ LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 60.

¹²⁵ CHIOVENDA, “Romanesimo e germanesimo nel processo civile”, in: *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano : Giuffrè, vol. 1, 1993, p. 181-224, esp. p. 205. Processo aparente, segundo o mestre peninsular, “é o emprego de formas processuais com o fim de constituir negócios jurídicos”, a exemplo da *in iure cessio* romana e da “declaração judicial de débito sob a forma de confissão judicial, para conseguir um título executivo, origem dos instrumentos garantidos” (*Instituições de direito processual civil*, trad. de J. Guimarães Menegale, notas de Enrico Tullio Liebman, introdução de Alfredo Buzaid, São Paulo : Saraiva, vol. 1, 2. ed., 1965, n. 14).

¹²⁶ Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, cit., p. 81. Quanto à forma portuguesa, cf. Silvestre Gomes de Moraes, *Tratctatus de executionibus instrumentorum et sententiarum*, Ulyssipone Occidentali, apud Petrum Ferreyra, tomus secundus, MDCCXXX, Lib. IV, Cap. VI, n. 4 *et seq.*

Dessa praxe provieram os *instrumenta guarentigiata*, cuja existência já é atestada por Bártolo de Saxoferrato. De fato, segundo observava o grande comentador, se a confissão realizada em juízo acarretava *parata executio*, também os documentos de que constavam declaração de dívida, firmados por determinadas autoridades públicas, dever-se-iam executar como as sentenças definitivas. E isso porque, de acordo com os estatutos citadinos, a confissão efetivada perante o notário equivalia à admissão do débito diante do magistrado.¹²⁷

No mesmo sentido, Baldo de Ubáldis observava que os instrumentos provenientes de tabeliães certificados, segundo os estatutos municipais a que estivessem submetidos, remetiam à execução da mesma maneira que as sentenças transitadas em julgado.¹²⁸

Convém assinalar que essa prática mostrava-se nitidamente contrária ao *ius commune*, que não conferia *parata executio* a documentos públicos ou particulares, inspirando-se, ao revés, nos princípios da execução germânica.¹²⁹

3. Esse procedimento de execução de títulos extrajudiciais desenvolvido nas cidades italianas (doravante denominado *processus executivus*) caracterizou-se por fundar-se na apreciação sumária da causa pelo magistrado.

Conforme se depreende da lição clássica de Hans Carl Briegleb, a distinção entre sumariedade e ordinariedade deve ser procurada na cognição *prima facie* realizada pelo juiz. Como recorda o conhecido processualista alemão, a idéia de *aceleração* contida nessa última forma de cognição decorre

¹²⁷ BÁRTOLO DE SAXOFERRATO, *Commentaria in Codicem, apud BRIEGLEB, Chrestomatie von Belegstellen zur Geschichte des Executiv-Prozesses*, Stuttgart : Liesching, 2. Aufl., 1845, p. 93: “nota, quod confessio habet executionem paratam. Ita dicit hic textus et l. post rem ff. de re iud. et l. debitorib. eo. ti., quod nota et tene menti. Et propter hoc in civitate ista instrumenta confessionata mandantur executioni sicut sententiae definitivae, quia per statutum, si sit confessio facta coram notario, videatur facta coram iudice. In Tuscia vocantur instrumenta guarentigionata, quod nota”; “Et per hoc dicerem idem in instrumentis, in quibus continetur praeceptum guarentigiae secundum consuetudinem Tusciae, ut possint ubique executioni mandari, nullius expectata requisitione. Nam notariis conceditur a statutis iurisdictione praecipiendo partibus, ut observent contenta in instrumentis, quod praeceptum ex forma praedictorum statutorum mandatur executioni, sicut sententia definitiva.” Essas, em essência, as idéias apresentadas no texto, em tradução livre.

¹²⁸ BRIEGLEB, *Chrestomatie*, cit., p. 120: “dicit statutm, quod omnia instrumenta tabellionum, qui sunt matriculati, mittantur executioni quemadmodum sententiae, quae transierunt in rem iudicatam”.

¹²⁹ JUAN YAÑEZ PARLADORIO, *Rerum cotidianarum forensium libri II, apud BRIEGLEB, Chrestomatie*, cit., p. 311-312.

da limitação inerente à cognição judicial, ao contrário da simplificação meramente formal que caracterizou o procedimento da *Clementina Saepe Contingit* (1306), posteriormente estendido ao processo secular.¹³⁰ Distingua-se, assim, do *solemnis ordo* não apenas pela forma, mas principalmente pelo conteúdo, na medida em que afasta o exame plenário do conflito social, traço característico do procedimento ordinário.¹³¹

O *processus executivus* tardo-medieval iniciava-se por meio de simples petição (ao invés do libelo requerido pelo procedimento ordinário), seguindo-se a emissão do *praeceptum de solvendo*, sem litiscontestação, e em certos casos, mesmo independentemente se citação do devedor, ainda que lhe fosse sempre ressalvada a possibilidade opor suas exceções em momento posterior.¹³² Típica, dessa modalidade procedimental, a cognição eventual, provocada por iniciativa do executado. Primeiramente, submetida à ordem solene; posteriormente, por influência das idéias de juristas como Martinus de Fano, Johannes Fasolus, e Guglielmus Duranti, torna-se sumária, desde que as defesas opostas pelo devedor pudessem ser facilmente comprovadas, remetendo-se a alegação para vias ordinárias apenas se fossem complexas e requeressem ulteriores indagações.¹³³

Cumpra frisar que as alegações deduzidas na via sumária não se mostravam vinculantes em eventual demanda plenária, segundo o princípio enunciado por Paulus de Castro (“*pronuntiatio facta in causa summaria super*

¹³⁰ BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig : Tauchnitz, 1859, p. 12: “Der summarische Process (*summatim cognoscere*) ist aus den Quellen des römischen Rechts (sei es auch in eigenthümlicher moderner Auffassung) abgeleitet, als Gewohnheitsrecht sei der Zeit der Glossatoren und ihrer unmittelbaren Nachfolger befestigt und weiter ausgebildet, charakterisiert durch materielle Unvollständigkeit der *causae cognitio* mittelst Ausschliessung aller dem unverzüglichen Erfolg der Cognition hinderlichen ordentlichen Vertheidigungsmittel und durch unvollkommene (provisorische) Wirkung der daraus hervorgehenden richterlichen Entscheidung.” Volta-se claramente contra a doutrina tradicional do processo comum vigente na Alemanha até o advento da CPO, representada por Hieronymus von Bayer, que se atinha à característica meramente formal da aceleração do procedimento por meio de desvio das formas prescritas pelo procedimento ordinário. Cf., ainda, a síntese de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira em *Perfil dogmático da tutela de urgência*, cit., p. 231.

¹³¹ BRIEGLER, *Einleitung*, cit., p. 13. O autor alemão reprova qualquer traço de confusão entre o procedimento sumário, de origem romana, e o procedimento acelerado nascido no direito canônico (*Clementina Saepe*), base do formalismo processual moderno.

¹³² LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 61-65.

¹³³ LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 65-66.

aliquo articulo incidenti non praeiudicat”).¹³⁴ Isso significa que o executado, mesmo vendo rejeitada sua exceção na via sumária, poderia, após o término da execução, ajuizar nova demanda, com cognição exauriente, visando à revogação da medida executiva, por ilegítima. Outrossim, se o juiz recebeu a exceção e extinguiu o sumário executivo, assistia ao credor a faculdade de recorrer ao juízo ordinário, postulando o reinício da execução.¹³⁵

Na demanda plenária, a tarefa a ser cumprida pelo magistrado resumia-se, essencialmente, em examinar se teria sido devido ou não o ingresso na via executiva, não se estendendo à verificação da existência mesma do crédito.¹³⁶

4. Como se percebe, o *processus executivus* medieval (incluindo a forma lusitana, como se verá a seguir) constitui verdadeiro procedimento híbrido, combinando cognição sumária e execução (no sentido inespecífico de realização prática do direito). Assim, pelo que se pode observar, no âmbito de influência do *ius commune*, consolidou-se a duplicidade de meios, destinados, respectivamente, à execução das sentenças e dos títulos extrajudiciais.¹³⁷

5. Em França, contrariamente ao que se verificou nos territórios italianos, alemães espanhóis e portugueses, operou-se a completa unificação das vias executivas, tratando-se indistintamente as sentenças e os instrumentos representativos de atos jurídicos elaborados perante notários como títulos executivos (*titres exécutoires*).

De fato, no *Pays de droit écrit* (i. e., na porção meridional da França, fortemente influenciada pelo direito romano), ainda predominou, durante um certo tempo a doutrina italiana, com a peculiaridade de se exigir sempre a citação do executado, sem as distinções feitas alhures. O costume da França setentrional (*Pays de droit coutumier*), todavia, perpassada por espírito jurídico diferente, acabou por predominar, de modo que o processo de execução

¹³⁴ LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 67.

¹³⁵ LIEBMAN, *Embargos*, cit., p. 67. Chiovenda (“Azione sommarie. La sentenza di condanna com riserva”, in: *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano : Giuffrè, vol. 1, 1993, p. 121-148, esp. p. 133), ressalta o caráter quantitativamente e qualitativamente limitado da cognição sumária efetivada no *processus executivus*, por isso mesmo incapaz de se impor ao juiz no processo ordinário.

¹³⁶ CHIOVENDA, *Azioni sommarie*, cit., p. 132.

¹³⁷ LIEBMAN, “I presupposti dell’esecuzione forzata”, in: *Problemi del processo civile*, Napoli : Morano, 1962, p. 343-354, esp. p. 345.

acabou enveredando “por trilha inteiramente nova”, relativamente à verificada no restante do continente europeu.

Decisiva, para tanto, mostrou-se a influência das *Ordonnances* reais, que emprestaram força executiva a certos documentos autenticados por selos reais (função que depois passou aos notários). Chamadas *lettres obligatoires*, dotadas de maior força que os *instrumenta guarentigiata* do direito italiano, na medida em que eram chanceladas pela autoridade do próprio Rei.

Além disso, a nova forma caracterizava-se pela emancipação da atividade executiva dos últimos vestígios de controle por parte do juiz, de tal maneira que a defesa do executado, que no *processus executivus* típico (italiano) se realizava por meio de exceção (apreciada sumariamente pelo juiz, como visto), será veiculada por intermédio de ação autônoma.

Além disso, a prática mesma dos atos executivos foi confiada a um corpo de funcionários estatais não vinculados hierarquicamente aos magistrados, denominados *sergeants* ou *huissiers*, que procediam à execução independentemente de citação do devedor ou mesmo de prévia autorização judicial. Nesse sistema peculiar, não havia senão um aviso efetivado 24 horas antes do início da constrição patrimonial, chamado *commandement*. Caso o executado pretendesse obter uma decisão judicial a respeito do crédito, deveria chamar a juízo o credor.

Interessante assinalar que, no âmbito francês, as sentenças é que foram equiparadas aos títulos extrajudiciais (às *lettres obligatoires* já mencionadas), ao contrário do que se processou no direito italiano medieval, em que estes foram equiparados àquelas.

A evolução desse procedimento (cujos pormenores escapam aos limites do presente trabalho) completou-se com a *Ordonnance* de 1667, editada por Luís XIV, a qual implementou a unificação dos meios de oposição do devedor, a essa altura já destituídos do efeito de suspender a execução.¹³⁸

8. Como observa de forma conclusiva Liebman, o “Processo de execução” constitui criação recente, apresentando com ponto culminante o *Code de*

¹³⁸ Sintetizo, basicamente, as linhas evolutivas da execução em França, traçadas por Liebman (*Embargos*, cit., p. 72-83).

procédure civile de 1806.¹³⁹ Efetivamente, a invasão napoleônica acabou por interromper a linha evolutiva do *ius commune*, de forma que a legislação processual francesa acabou arrastando consigo a maior parte dos sistemas da Europa continental, especialmente Itália, Alemanha, e até mesmo Portugal.¹⁴⁰

3.1.2. Os preceitos cominatórios como versão atualizada dos interditos romanos

1. Mandamentalidade fica mais evidenciada nos *mandata*, antecedentes das ações cominatórias do direito luso-brasileiro.

2. A evolução da condenação *in ipsam rem* não se estendeu ao cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer, de forma que o direito romano efetivamente não conheceu, nem mesmo no período tardio (pós-clássico e justiniano), instrumento capaz de efetivar sua tutela específica.¹⁴¹ Permaneceu firme o princípio de que a realização judicial da obrigação concretizava-se por meio da execução patrimonial, de modo que as *obligationes faciendi* resolver-se-iam-se em perdas e danos.

3. A situação alterou-se sobremaneira no período intermédio, por influência do processo germano-canônico, caracterizando-se por uma amplíssima tutela dos deveres de fazer e não-fazer instrumentalizada pela coerção indireta do devedor. De fato, ocorreu a fusão de elementos provenientes do processo contumacial justiniano e dos princípios rigorosos do antigo direito germânico, conservado e desenvolvido nos estatutos de certas cidades italianas (v. g., Pisa, Padova, Treviso, Pistoia) no séc. XII e XIII. Nesse contexto, contumaz não seria apenas aquele que deixa de vir em juízo, mas também aquele que, mesmo tendo atendido à *in ius vocatio*, deixa de cumprir a determinação judicial.¹⁴²

¹³⁹ LIEBMAN, *I presupposti*, cit., p. 345.

¹⁴⁰ LIEBMAN, *I presupposti*, cit., p. 345 e 347.

¹⁴¹ GIUSEPPE BORRÈ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli : Jovene, 1966, p. 10; JOSEF KOHLER, *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß*, Freiburg i. B. und Leipzig : Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983 (Separat-Ausgabe aus Archiv für die civilistische Praxis, Band 80, Heft 2), p. 57.

¹⁴² BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., p. 10; KOHLER, *Ungehorsam*, cit., p. 57: "Der Große Fortschritt erfolgte vom germanisch-kanonische Rechte aus. Der Gedanke: wer dem gerichtlichen Gebot nicht entspricht, wird friedlos erklärt, sein Vermögen eingebannt, hat einen durchgreifenden Umschwung hervorgerufen; das ganze Contumacialsystem nahm eine andere

Nesse contexto, o não comparecimento do demandado réu a juízo era concebido como concebido como grave menosprezo do poder real (*Verletzung des Königs*).¹⁴³ As medidas de coerção assumem, nesse sentido, o caráter de verdadeira vindicação do poder estatal, compreendendo desde sanções patrimoniais (*mulctatio*, ou seja, a aplicação de multa) até medidas de coerção nos planos político-social (*bannitio*, i. e., cassação de direitos políticos) e plano espiritual (*excommunicatio*, i. e., excomunhão).¹⁴⁴ Assim, se o demandado não temesse a pena secular, deveria então ser-lhe aplicada própria excomunhão, como último recurso, manifestando-se o princípio medieval segundo o qual “crescente contumacia, poena quoque crescere debet”.¹⁴⁵

O Direito canônico adotou os mesmos princípios, a partir das fontes romanas, prevendo medidas como a *missio in bona* ou mesmo a excomunhão do *contumax*.¹⁴⁶

O resultado concreto dessa postura pode ser contemplado no processo de execução alemão, o qual, diferentemente de seus congêneres latinos,

Richtung an; contumax ist aber nicht nur, wer bei Gericht nicht erscheint, sondern auch, wer erschienen ist und den gerichtlichen Anforderungen nicht entspricht.”

¹⁴³ KOHLER, *Ungehorsam*, cit., p 67-68: “Das deutsche Hofgericht judicirte dagegen nach altem fränkischem Recht; stets blieb nicht nur die Vermögenseinweisung (anleite), sondern auch die Erklärung in Acht (und Aberacht) Praxis des Reichshofgerichts: der Ungehorsam galt als schwere Verletzung des Königs und mußte, wo thunlich, gebrochen werden; nöthigenfalls wurde die geistliche Macht angerufen, um den Bann durch die Excommunication zu steigern. (...) Mit der Reception des kanonischen Processes in DeUtschland gewann das Institut des Beugezwanges neue Nahrung: jetzt drohte man mit Einweisung und Aechtung gegen den Nichterschienenden, man drohte in gleicher Weise gegen den, der ein gerichtliches Gebot oder Verbot verletzte.”

¹⁴⁴ JOÃO CALVÃO DA SILVA, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, cit., n. 58, p. 223 Conforme a jurisprudência do Tribunal Cameral do Reich (*Reichskammergericht*), analisada pelo juriconsulto Gaill (séc. XVI), “si ... condemnatus iudicatum non faciat aut executorialibus mandatis non obtemperet, quibus casibus Camerae iudex ad vindicandam obstinatum contumaciam et tuendam Caesaris et Imperii jurisdictionem tali contumaci, in terrorem aliorum, banni poenam inflingere potest” (KOHLER, *Ungehorsam*, cit., p. 73).

¹⁴⁵ KOHLER, *Ungehorsam*, cit., p. 74. Sergio Chiarloni (*Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano : Giuffrè, 1980, p. 72-76) não vê em tais medidas propriamente um avanço em relação à situação vigente no direito romano tardio. Antes, estando ligadas ao sistema feudal (de longa persistência nos territórios do antigo Sacro-Império Romano-Germânico), constituiriam manifestação da concepção autoritária inerente à mentalidade reinante na época.

¹⁴⁶ KOHLER, *Ungehorsam*, cit., p. 61, com invocação da doutrina dos canonistas. Com efeito, escreveu Tancredus (*Ordo iudicarius*, P. 1, T. 4, § 1, in: FRIEDRICH CHRISTIAN BERGMANN [Herausg.], *Pillius, Tancredus, Gratia : Libri de iudiciorum ordine*, Aalen : Scientia Verlag, 1965 [reimpressão da ed. de 1842], p. 136 e 138): “Si autem causa est civilis, puta de aliqua pecunia, et reus contumax est lite non cotestata, mittendus esta auctor in possessionem rei petitae, cum agitur actione reali, vel si agitur personali actione, mitti debet in possessionem bonorum rei, iuxta mensura declarati debiti”; “At si causa est spiritualis, vel mixta, siva cohaerens (...) fiat missio et recuperatio secundum praemissam distinctionem. Quod si hoc fieri non potest, excommunicetur reus contumax usque ad satisfactionem iuris”.

conservou meios de coerção indireta destinados à realização *in natura* das obrigações de fazer e não-fazer, incluindo os deveres de entregar coisa.

4. Na Itália, entretanto, a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer restou praticamente inviabilizada. Com efeito, debates romanísticos, bem documentados pela doutrina, baseados em errônea interpretação de passagem do Digesto atribuída ao jurisconsulto Celso, acabaram conduzindo ao princípio de que ninguém poderia ser coagido precisamente a prestar um fato (“*nemo ad factum praecise cogi potest*”).¹⁴⁷

Nessa esteira, prevaleceu o princípio da vedação da tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer, representado principalmente nas lições de Bártolo de Saxoferrato e Arnold Vinnus.

Consoante doutrinava o primeiro, somente a obrigação de dar, i. e., aquela que tenha por objeto a transferência do direito real (propriedade), é que seria suscetível de realização *manu militari*, ao passo que, em relação às obrigações de prestar fato, o devedor não poderia ser compelido precisamente, liberando-se mediante o pagamento do valor pecuniário atribuído à obra (*id quod interest*). E isso porque, segundo o cabeça da Escola dos Comentadores, coagir o obrigado ao fato seria submetê-lo a certa classe de servidão.¹⁴⁸

Ao segundo deve-se a célebre distinção, retomada no direito francês por Pothier, entre os os fatos puros e simples (*facta nuda et simplicia*) e os fatos consistentes na prestação de alguma coisa: apenas seriam insuscetíveis de realização coativa, pois implicariam a criação “de riqueza ainda não existente, impossível de realizar sem o concurso do devedor”. Os outros fatos, consistentes na prestação “de alguma riqueza já existente (entre os quais explicitava [Vinnuius] a obrigação de entregar por parte do devedor, *magis pro datione quam pro facto*)”, seriam passíveis de serem executados “*in natura*

¹⁴⁷ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n. 54, p. 216. A forma lapidar conferida à idéia deve-se, conforme informação de Calvão da Silva, ao jurista Favre (séc. XVI), para quem “ninguém pode ser coagido precisamente (de uma maneira absoluta) a realizar um facto, porque isso não pode ser feito *sine vi et impressione*, isto é, *sem violência (coacção) e sem opressão (impressão-choque)*, razão por que, nas obrigações de fazer, se sub-roga à prestação o pagamento do *id quod interest*”. E arremata o autor escritor, afirmando que a razão de ser “do adágio *nemo praecise* é, assim, logo na origem, bem explicitada pelo seu autor, *rectius, cunhador*: afastar ou impedir a violência ou coacção ao *facere* sobre a pessoa do devedor” (*op. cit.*, p. 218-219).

¹⁴⁸ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n. 54, p. 217.

contra a vontade do devedor, sem violentar a sua pessoa, na mesma medida que as obrigações de dar”.¹⁴⁹

Tinha-se em vista não tanto a impossibilidade natural de prestar um fato, mas principalmente a inviabilidade moral de coagir homem livre a atuar contra sua própria vontade (*ne homo libero vis fiat*). O princípio assume, nesse sentido, significado nitidamente ideológico, estendendo-se a todas as obrigações de fazer, bem como às obrigações de não-fazer.¹⁵⁰

5. A consagração definitiva desse princípio efetivou-se no art. 1142 do Code Civil, segundo o qual toda obrigação de fazer e não-fazer, em caso de inexecução por parte do devedor, se resolve perdas e danos.¹⁵¹ Necessário recordar o fato de que tal regra restou posteriormente estendida à generalidade dos sistemas jurídicos latinos – embora temperada, como se verá no Capítulo final desta Tese, pela jurisprudência constituída no país de origem (*astreintes*) – incluindo os direito espanhol, português e brasileiro (este último durante boa parte do séc. XX).¹⁵²

3.2. A conservação dos preceitos de natureza interdita na tradição luso-brasileira

1. A explicação acerca das razões que levaram a tradição jurídica luso-brasileira a conservar meios interdita de tutela jurisdicional passa pela manutenção do sumário executivo.

Como recorda Enrico Tullio Liebman, o direito brasileiro permaneceu relativamente imune ao corte representado pela universalização do processo de execução nos moldes da legislação francesa, o que permitiu a sobrevivência do *processus executivus* do direito comum na forma conferida pela experiência

¹⁴⁹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n. 56, p. 219.

¹⁵⁰ BORRÈ, *Esecuzione forzata*, cit., p. 13-16; CHIARLONI, *Misure coercitive*, cit., p. 54-62; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n. 56, p. 220; n. 60, p. 225-226.

¹⁵¹ “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas de inexécution de la part du débiteur”. Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, cit., n. 59, p. 224-225.

¹⁵² EDUARDO TALAMINI, “As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira”, in: CÁSSIO SCARPINELLA BUENO; EDUARDO ARRUDA ALVIM; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (org.), *Aspectos polêmicos do mandado de segurança 51 anos depois*, São Paulo : RT, 2002, p. 287-316, esp. p. 291.

lusitana.¹⁵³ Daí conceber o célebre jurista peninsular uma evolução ininterrupta desde o século XV até o advento do Código de Processo Civil brasileiro de 1939.¹⁵⁴

Em verdade, o sumário executivo foi acolhido em Portugal, local em que se assumiu características distintivas em relação às formas adotadas na Itália, França, Espanha e na Alemanha.¹⁵⁵ De fato, trata-se do caminho apontado por Silvestre Gomes de Moraes como *via media* entre o processo de cognição ordinária da *actio iudicati* romana, despido de efetividade, e os procedimentos executivos praticados no restante da Europa, considerados muito gravosos ao devedor, por implicarem a prática de atos de constrição patrimonial sem a sua audiência.¹⁵⁶

Conforme sintetizou Manoel de Almeida e Sousa (de Lobão), chegava-se ao sumário executivo de duas formas. Primeiramente, por meio de privilégio especial concedido à Fazenda Real, em determinadas causas fiscais (v. g., Lei de 22 de dezembro de 1761).¹⁵⁷ Fora dessas hipóteses, acedia-se a ele por “Direito e estylo forense”¹⁵⁸, referindo Lobão nada menos do que dezenove hipóteses de créditos privilegiados. Procedia-se sumariamente ainda no caso da assinatura de dez dias (Ord. Fil., L. III, T. 25).¹⁵⁹

2. O *processus executivus* restou conservado no Brasil até o advento do Código de Processo Civil de 1973, constituindo fator capaz de impedir a unificação dos meios executórios e, conseqüentemente, a assimilação total da mandamentalidade à condenação ou à execução.

¹⁵³ LIEBMAN, *I presupposti*, cit., p. 345-346; *idem*, *Istituti*, cit., p. 500.

¹⁵⁴ LIEBMAN, *Istituti*, cit., p. 501. Curiosamente, e, por certo, não ao acaso, observa-se fenômeno semelhante no direito civil. Com efeito, as etapas iniciais do processo codificatório brasileiro, consubstanciadas nas obras legislativas de Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Civis, Esboço do Código Civil, assim como os projetos do Código Geral e do Código Civil e Criminal), foram marcadas pela originalidade e pela independência, esta última não apenas em relação ao modelo instituído pelo *Code Civil*, mas também em relação ao projeto idealizado pelo Visconde de Seabra em Portugal.

¹⁵⁵ LIEBMAN, *Istituti*, cit., p. 515; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, São Paulo : RT, tomo VII, 1978, p. 80.

¹⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, cit., p. 80-81; LIEBMAN, *Istituti*, cit., p. 515, nota nº 58.

¹⁵⁷ LOBÃO, *Tratado pratico do processo executivo summario*, cit., § 2, p. 6.

¹⁵⁸ LOBÃO, *Tratado pratico do processo executivo summario*, “prefácio”, p. 3. Conforme ensina Mário Júlio de Almeida Costa (*História do direito português*, cit., n. 52, p. 305), em Portugal “o conceito de estilo adquiriu o sentido generalizado de jurisprudência uniforme constante dos tribunais superiores”, especialmente da Casa da Suplicação.

¹⁵⁹ LIEBMAN, *Istituti*, cit., p. 515.

3. De outra parte, deve-se considerar a manutenção dos preceitos cominatórios e dos interditos possessórios na tradição jurídica luso-brasileira, certamente um dos fatores determinantes, do ponto de vista da história do direito, para a formulação de um conceito de sentença mandamental no séc. XX e sua discussão no âmbito da doutrina processual civil contemporânea.

4. Assim, apesar de as obras de Bártolo constituírem, desde as Ordenações Afonsinas, fonte subsidiária em relação à legislação reinícola,¹⁶⁰ o direito português questionou, na prática, a vigência irrestrita do princípio *nemo ad factum* tal como proposto pela doutrina majoritária no restante da Europa continental. De fato, o sistema lusitano conheceu grande variedade de remédios jurídicos processuais semelhantes aos do *ius commune*, destinados à proteção da pessoa e do seu patrimônio, bem como à realização *in natura* das obrigações de fazer e não-fazer.

Assim, conforme lição de Manoel de Almeida e Sousa, os preceitos cominatórios do direito português vinculam-se à prática dos territórios alemães, formada à imagem e semelhança dos interditos romanos.¹⁶¹ Opinião avalizada, na Alemanha oitocentista, por Friedrich Carl von Savigny, e, no âmbito da doutrina brasileira do séc. XX, por Moacyr Amaral Santos e Galeno Lacerda.¹⁶²

5. Os detalhes concretos que permitem corroborar essa vinculação bem se evidenciam a partir do exame do preceito constante da Ord. Fil., L. III, T. 78, § 5, cujo texto se reproduz, por ser de extrema relevância:

¹⁶⁰ Ord. Af., L. II, T. 9, § 2; Ord. Man., L. II, T. 5, § 1; Ord. Fil., L. III, T. 64, § 1. Cf. A respeito da evolução dessa regra nas diversas Ordenações, Mário Júlio de Almeida Costa, *História do direito português*, cit., n. 53, p. 308-317.

¹⁶¹ MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO, *Tratado pratico compendiarío de todas as acções summarias*, tomo I, Lisboa : Imprensa nacional, 1867, § 507, p. 361: “Nas provincias da Allemanha se introduziram estes preceitos comminatorios, e dizem os DD. Nacionaes que foram introduzidos á similhaça d’aquelles interdictos dos romanos”.

¹⁶² VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, cit., § 34, p. 448; MOACYR AMARAL SANTOS, *Ações cominatórias*, tomo 1º, n. 22, p. 91; GALENO LACERDA, *Mandados e sentenças liminares*, cit., p. 14. Assim também o pensamento de Eduardo Talamini (*Tutela realtiva aos deveres de fazer e não fazer*, São Paulo : RT, 2. ed., 2003, p. 69). Diante de tão abalizadas opiniões, a observação de Pontes de Miranda, no sentido de que a “origem romana, direta, do preceito cominatório português [talvez lenda de praxistas], não está provada, a despeito da ênfase de alguns juristas” (*Tratado das ações*, tomo V, cit., § 40, p. 157), soa mais como preconceito arbitrário do que como constatação científica. Obviamente, o lapso temporal que separa o direito romano clássico do ordenamento jurídico lusitano constitui óbice à ligação direta. O que não impede, todavia, que se identifique – como já o faziam Lobão e von Savigny – a mentalidade comum subjacente aos *interdicta* genuinamente romanos e os preceitos cominatórios desenvolvidos pelo *ius commune* europeu.

“E quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que não são começados, mas comminatorios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser aggravada per a outra parte, póde recorrer aos Juízes da Terra, implorando seu Officio [N. B.], que o provejam, como lhe não seja feito aggravado. E poderá ainda fóra do Juízo appelar de tal comminação, pondo-se sob poderio do Juiz [N. B.], requerendo, e protestando de sua parte àquelle, de que se teme ser aggravado, que tal aggravado lhe não faça.

E se depois de dito requerimento e protestaçoão assi feita, fôr alguma novidade commettida ou attentada, mandará o Juiz [N. B.] (se fôr requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stado. E em tal protesto será inserta e declarada a causa verissímil e razoada, por que assi protestou: póde-se pôr exemplo: se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou lhe queira sem razão occupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure à elle as suas cousas do outro, que o quizer offender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois della receber offensa daquelle, de que foi seguro, restituil-o-há o Juiz, e tornará tudo o que foi commettido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado [N. B.], como achar per Direito.”

Eduardo Talamini sintetiza as características interditais inerentes ao esse dispositivo das Ordenações: caráter preventivo; sumariedade inerente à cognição judicial; emissão de uma ordem, por meio da qual se impunha ao demandado a adoção de um comportamento específico; descumprimento do preceito acarretaria verdadeira afronta à autoridade estatal; restabelecimento do estado anterior, não se operando a conversão em perdas e danos.¹⁶³

A primeira característica demonstra a vocação preventiva do preceito cominatório. Trata-se, como recorda Ricardo Rodrigues Gama ao buscar as origens da tutela inibitória no Brasil, de disposição fecunda, verdadeiro modelo de tutela inibitória atípica desenvolvida pelo direito luso-brasileiro.¹⁶⁴

Também se destaca como nota nitidamente interdital atribuída ao preceito a cognição *prima facie* exercida pelo magistrado, como se extrai da referência à simples verossimilhança exigida da alegação do autor.

¹⁶³ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 106. Destacando a tutela cautelar também contida nesse preceito, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia*, Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 218-219.

¹⁶⁴ RICARDO RODRIGUES GAMA, *O passado da tutela inibitória no Brasil*, RJ, 271(mai/2000):5-14, esp. p. 10.

Já o termo *officio* constitui verdadeira referência à execução *per officium iudicis* do direito medieval, atividade, cumpre recordar, identificada como pertinente mais ao império do que à jurisdição. Efetivamente, existe menção expressa à aplicação do “poderio do Juiz”, atuando como verdadeiro detentor de *imperium*, por meio de “mandados”, cujo descumprimento importa inegável “menosprezo” (literalmente, “menosprezou seu mandado”), expressão praticamente idêntica ao “contempt of court”, instituto desenvolvido paralelamente no direito anglo-saxônico.¹⁶⁵

Como recorda Talamini, o dispositivo em questão permite a prestação específica de fato ou abstenção, contrariamente à praxe generalizada na Europa latina, por força pro princípio *nemo ad factum*. Insere-se nesse contexto, ademais, a reconstituição do estado prístino, não se resolvendo a transgressão do preceito judicial em perdas e danos, o que novamente afasta qualquer semelhança com a tutela condenatória.

O preceito da Ord. abarcava nitidamente duas ações, ambas dotadas – naquela altura – de natureza claramente cominatória e, portanto, interdital –, a saber: a de embargos à primeira, destinada à prestação de fatos positivos ou negativos, e o interdito proibitório, de caráter possessório.¹⁶⁶

6. Além desses, houve vários outros preceitos cominatórios que os praxistas lusitanos procuraram elencar e analisar.¹⁶⁷ Assim, por exemplo, o preceito contido na Ord. Fil., L. IV, T. 70, in pr.: “quando algum for obrigado a alguma obra ou facto, que promettesse fazer a tempo certo, não a fazendo ao tempo, que se obrigou, deve ser estimada a obra que houvera de ser feita, e quanto for a estimação, tanto poderá crescer a pena”.¹⁶⁸

Silvestre Gomes de Moares, observa, no contexto da “execução” (*rectius*, cumprimento) das obrigações de fazer, o preceito segundo o qual o condenado a prestar um fato, não o fazendo, deve ser encarcerado (“carcerari

¹⁶⁵ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia*, cit., p. 219.

¹⁶⁶ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 106.

¹⁶⁷ LOBÃO, *Acções summarias*, cit., p. §§ 508-542, p. 662-385, arrolando mais de vinte e duas diferentes hipóteses de aplicação do instituto, decorrentes de disposição de lei ou originadas a partir do costume.

¹⁶⁸ LOBÃO, *Acções summarias*, cit., § 515, p. 365. Em nota (*op. cit.*, p. 366), o autor discute se o devedor se libera simplesmente *solvendo interesse*, e conclui que não, podendo, “por estylo do nosso Reino”, “ser compellido com prisão o obrigado ao facto, que o não adimpliu”.

debet condemnatus ad faciendum si creditor maluerit, & interesse non sit contentus”).

De fato, tendo sido requerida ao juiz a realização do próprio fato, a isso sendo condenado o devedor, se ele não quiser prestá-lo, deve ser coagido por meio da apreensão de bens a título de garantia do cumprimento da obrigação (“capitis pignoris”) ou posto a ferros (“pondenus in compedibus”), até fazer aquilo que prometeu.

Nesse sentido, o condenado por sentença encontra-se vinculado a prestar precisamente o fato e a tanto deveria ser constrangido sob ameaça de coação física ou patrimonial, não devendo, nessa situação, ser executado em pecúnia (com o que, aliás, a execução seria manifestamente nula, pois realizada em objeto distinto do prometido). Assim, a conclusão ‘indubitável’ decorrente do ‘estilo do Reino’ é que o obrigado ao fato deveria ser coagido a fazer precisamente aquilo que foi pactuado, desde que o fato ainda pudesse ser prestado e fosse útil ao credor, não se liberando pelo simples pagamento do equivalente em dinheiro (“praestando interesse”). Nesse particular, o costume reinícola se afastava do *ius commune*.¹⁶⁹

7. Os preceitos cominatórios do direito luso-brasileiro compreendiam, em sua maioria, ordens judiciais condicionadas pela cláusula “se te sentires prejudicado” (*si sentias te gravatum compareas justitiae complementum recepturus*), abrindo a oportunidade de o demandado vir a juízo e apresentar suas razões. Chamados, por isso mesmo, de mandados com cláusula

¹⁶⁹ SILVESTRE GOMES DE MORAES, *Tractatus de executionibus instrumentorum et sententiarum*, Ulyssipone Occidentali, apud Petrum Ferreyra, tomus tertius, MDCCXXXIII, lib. VI, cap. XII, n. 84, p. 394-395: “Nona conclusio: in faciendis obligationibus, si factum ipsum petitum sit, ut quia quis scribere, aut pingere promisit, & ad ipsum condemnatio dirigatur, pro illius executione si condemnatus post requisitionem virtute sententiae factam, factum promissum praestare nolit, aut captis pignoris coercendus est, aut ponendus in compedibus, donec pro se facit quod promissit, nisi creditor malit facti impleti interesse recipere. Ita probat (...) nisi condemnatus per sententiam ad factum, teneatur praecisè facere, (...) qui ex hoc infert quòd si debitor promissit delegare debitorem creditori, aut ei scripturam facere, ad hoc cogendus est captura, non verum exequendus in pecunia, aliàs executionem esse nullam, cùm in alia re fiat quàm promissa est: quae conclusio ex stylo Regni videtur indubitabilis, nam secundum illum obligatus ad factum praecisè cogitur facere nec liberatur interesse praestando, dum factum ipsum praestare potest, estque creditore utile, nec aliàs creditores decipiantur, qui de ipso facto, non de interesse itelligunt, contra reg. (...) contendens ad eam resolutionem reducere ius commune, ut leges civiles decidentes obligatum ad factum non teneri praecisè facere, sed liberare interesse praestando (...), intelligantur & restringantur ad casum, quo factum praestari non potest.” Solução semelhante foi adotada, com base na Ord. Fil., L. 3, T. 86, § 15, em caso de condenação do réu a entregar ou restituir coisa, por direito pessoal ou real (SILVESTRE GOMES DE MORAES, *Tractatus*, cit., n. 85, p. 395).

justificativa (*mandata cum clausula iustificativa*). Daí a designação “embargos à primeira”.

Lobão identifica hipóteses em que o *ius commune* previu expedição de mandado inicial absoluto, inserido em cadeia procedimental que não admitia defesa, denominados *mandata sine clausula*. Odiosos, segundo Cocceius, por implicarem inversão da ordem natural do procedimento, consistente em primeiro conhecer, depois julgar (“*natura enim prius est noscere, quam iudicare*”), restringindo-se, por isso mesmo, a certos casos delimitados pelo *ius commune* praticado nos territórios alemães.¹⁷⁰

James Goldschmidt também vincula essa primeira modalidade ao esquema dos *interdicta* romanos. A segunda modalidade (*mandata cum clausula iustificativa*) liga-se aos *indiculi commonitorii* do direito franco,¹⁷¹ os quais, por sua vez, deitam suas origens no processo romano tardio.¹⁷² O instituo em questão, decorrente do poder conferido aos tribunais reais de avocar certas causas (*ius evocandi*), consistia em verdadeiro mandado condicionado para cumprimento por parte do réu, que, sentindo-se prejudicado, poderia dirigir a essas cortes sua oposição.¹⁷³

De rejeitar, portanto, a tentação de derivar os *mandata*, pura e simplesmente, dos interditos romanos. Inspiração, ao invés de derivação, com influência de outros institutos jurídicos (como o *indiculus*) mostra-se explicação mais sensata para um ambiente espiritual dominado pela influência cultural de Roma.

8. Enquanto os *mandata cum clausula* evoluíram, na Itália e Alemanha, para as ações monitórias, destinadas à tutela das obrigações de pagar quantia em dinheiro representadas em documentos escritos sem eficácia de título

¹⁷⁰ LOBÃO, *Ações summarias*, cit., § 544-554, p. 387-396.

¹⁷¹ CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo*, cit., p. 206 e nota nº 113, com menção a obra de Heinrich Brunner.

¹⁷² JAMES GOLDSCHMIDT, *Zivilprozeßrecht*, Neudruck der 2. Auflage Berlin 1932, Aalen : Scientia, 1969, § 5, 1, “b”, p. 13: “Der – unbedingte und bedingte – Mandatsprozeß, jener anknüpfend an die römischen Interdikte, dieser ein Mahnverfahren auf Grund von praecepta (mandata) de solvendo cum clausula iustificativa (entsprechend den indiculi commonitorii)”.

¹⁷³ GOLDSCHMIDT, *Zivilprozeß*, cit., § 4, 2, p. 11: “Das Königsgericht hat das Recht, Prozesse an sich zu ziehen (*ius evocandi*), insbesondere bei Justizverweigerung oder Justizverzögerung oder auf Antrag eines Reklamationsberechtigten (Kirchen, Geistliche, Frauen, Unmündige, Kaufleute, Juden). Das Ansiehziehen kann geschehen durch Erlaß eines *indiculus commonitorius*, d.i. eines bedingten Befriedigungsbefehls (Anfänge des Zahlungsbefehls), gegen den vor dem Königsgericht Widerspruch erhoben werden konnte.”

executivo, o direito luso-brasileiro trilhou caminho distinto, delineando a partir deles as ações cominatórias voltadas ao cumprimento de obrigações de fazer e não-fazer.¹⁷⁴

9. Sumaríssimos possessórios denominados *inhibitiones* pelos praxistas alemães.¹⁷⁵ Digno de acentuar o fato de que tais instrumentos originados do direito romano-germânico permitiam ainda a tutela de situações jurídicas de direito público, em notável distanciamento do ordenamento jurídico romano (que não abriu espaço para a tutela do cidadão enquanto tal em face do Estado), sendo admitidas na prática lusitana.¹⁷⁶

Digna de menção, ainda, a extensão do conceito dos interditos possessórios à proteção de direitos pessoais (conforme a doutrina de canonistas e civilistas já no período medieval), defendida por Rui Barbosa em célebre trabalho forense (analisado mais adiante),¹⁷⁷ representa caminho natural dentro da tradição luso-brasileira, imbuída, como já se demonstrou, do espírito prático dos juristas do *ius commune*.

Sintetiza de forma admirável a extensão de tais instrumentos à esfera publicística Galeno Lacerda, reproduzindo-se a seguinte passagem por sua concisão e clareza:

“Aconteceu, então, um estranho fenômeno de transferência, de ampliação de conceitos de direito material, com a finalidade exclusiva de obter-se a prestação útil do remédio processual específico.

Como possivelmente mal se conhecesse, na época, a extensão amplíssima de que gozaram os interditos nas recuadas origens do direito romano, e com o direito justiniano, bem mais próximo no tempo e recém descoberto no Ocidente pela obra dos glosadores, só recordara dos antigos interditos as ações possessórias (note-se que as institutas de GAIO só foram descobertas

¹⁷⁴ ELAINE HARZHEIM MACEDO, *Do procedimento monitorio*, São Paulo : RT, 1999, p. 37. A ação cominatória distingue-se, portanto, da ação decendiária instituída pelo direito português (Ord. Fil., L. III, T. 25) e conservada no direito brasileiro até o advento do CPC/1939 (cf. Reg. 737/1850, art. 246) e destinada à cobrança de créditos pecuniários. De fato, a despeito da existência de “mandado” para pagamento, a assinatura de dez dias (assim como a ação monitoria) nada tem a ver com a tutela jurisdicional mandamental.

¹⁷⁵ Assim Samuel Stryk, *apud* Lobão, *Ações sumarias*, cit., § 507, p. 361.

¹⁷⁶ Nesse sentido entende Galeno Lacerda (*Mandados e sentenças liminares*, cit., p. 21), apoiando-se em escólio de Lobão.

¹⁷⁷ RUI BARBOSA, *Posse de direitos pessoais*, in: OBRAS COMPLETAS DE RUI BARBOSA, Rio de Janeiro : Ministério da educação e cultura/Casa de Rui Barbosa, vol. XXIII (1896), tomo III, 1976, p. 3-133, esp. p. 71 *et seq.*, *passim*.

em 1818), aconteceu o curioso equívoco de que a necessidade processual de um remédio sumário fez com que se violentasse e ampliasse o conceito romano de posse, em busca, na verdade, da rapidez do interdito.

Apareceu, então, no século 13, em Itália, Espanha, França e Alemanha, o chamado *possessorium summarium* ou *summarissimum*, justificado por SAVIGNY pela ‘necessidade absoluta de uma decisão imediata, embora provisória, contra a violência, acima de qualquer outra consideração, mesmo sobre a de uma convicção perfeita e um conhecimento completo dos fatos’.

E ocorreu, em razão disto, a começar pelo direito canônico, a ampliação do conceito de posse aos direitos pessoais, primeiro sobre os benefícios ligados à jurisdição territorial, direito ao cargo, insígnias, honorárias, privilégios, dízimos, e depois aos direitos de família e, até, aos obrigacionais.¹⁷⁸

3.3. Meios de proteção do cidadão em face da administração pública no Brasil independente

1. Como visto no item anterior, a mandamentalidade manifesta-se, no âmbito luso-brasileiro, por intermédio dos processos interditaes – cuidadosamente conservados pelo gênio de um povo e constantemente reinterpretados por obra e graça de juristas notáveis – destinados à tutela de situações jurídico-privadas.

2. Outro campo que assinala a constante presença da mandamentalidade, no âmbito luso-brasileiro, diz respeito aos meios de proteção do particular em face do Estado, desenvolvidos sobretudo no Brasil republicano, se bem que fortemente enraizados na tradição lusitana.

3. De fato, além do controle judicial difuso da constitucionalidade das leis – tema que não será analisado nesta tese –, a implantação do modelo constitucional norte-americano, nos primórdios da República, consagrou também o princípio da revisão judicial dos atos da Administração Pública (“judicial review”).¹⁷⁹ Rejeitou-se, assim, o sistema de *jurisdição dúplice*¹⁸⁰, que

¹⁷⁸ GALENO LACERDA, *Mandados e sentenças liminares*, cit., p. 19-20.

¹⁷⁹ A circunstância de que o controle judicial da constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos decorre da conjugação entre o princípio da limitação dos poderes e o princípio da supremacia da lei restou bem apreendido por Themístocles Brandão Cavalcanti (*Instituições de direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro : Fritas Bastos, 1936,

não passou de tentativa incipiente realizada no período imperial, modelada a partir dos primeiros estágios da Justiça Administrativa francesa.

4. Como se sabe, a Constituição de 1824 confiou essa tarefa ao Conselho de Estado, órgão de conturbada trajetória¹⁸¹, sobreviveu até o advento da República, sendo extinto, formalmente, pela Carta de 1891.

No que tange às questões administrativas, o Conselho exerceu o papel de *simples órgão consultivo*. Ligado ao Poder Moderador¹⁸², não se tratava de instituição com verdadeira atribuição de julgar, visto não exercer autoridade alguma; limitava-se, segundo o dizer de Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça, “a ilustrar o Imperador, auxilia-lo com suas luzes, servi-lo com sua experiência”.¹⁸³ Como assevera Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, com arrimo em fontes do período imperial, jamais houve, da Independência à República, verdadeiro contencioso administrativo; “no máximo, tivemos no Brasil um arremedo de justiça administrativa, alheia ao Poder Judiciário, *mas totalmente dependente da Administração ativa*, na qual se inseria e a que se *subordinava* por texto legal, expresso e claro”.¹⁸⁴

p. 489-490). De fato, ambas as idéias foram implementados, com matizes próprios, nos Estados Unidos da América, daí passando no essencial ao modelo republicano adotado no Brasil.

¹⁸⁰ O termo é de M. Seabra Fagundes (*O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, Rio de Janeiro : Forense, 5. ed., 1975, p. 112). Segundo o eminente administrativista (*loc. cit.*), esse sistema “implica num controle exercido mediante tribunais especialmente instituídos para as situações contenciosas em que seja parte a Administração. Os atos administrativos não se submetem de modo algum, ou se submetem em número reduzido, ao Poder Judiciário. Para o seu controle, existe, ao lado da jurisdição comum, uma outra, a administrativa, que nele participa absorventemente.”

¹⁸¹ Assim dispunha o art. 142 da Constituição Política do Império do Brasil: “Os conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração”. Na verdade, o órgão foi posteriormente suprimido pelo art. 32 do Ato Adicional de 1834, sendo restabelecido somente pelo Imperador D. Pedro II, através da Lei nº 234, de 23.11.1841. Para maiores indicações a respeito da pré-história e da história da instituição, cf. Themístocles Brandão Cavalcanti, *Instituições*, cit., p. 463-473.

¹⁸² THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Instituições*, cit., p. 466.

¹⁸³ FRANCISCO MARIA DE SOUZA FURTADO DE MENDONÇA, *Excerpto de Direito Administrativo Pátrio*, São Paulo : Typographia allemã de Henrique Schroeder, 1865, p. 181, *apud* EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI, *Justiça administrativa*, São Paulo : RT, 1986, p. 139.

¹⁸⁴ BOTELHO GUALAZZI, *Justiça administrativa*, cit., p. 140 (os destaques encontram-se no original). Em amparo dessa percepção, destaca-se o seguinte testemunho de João Camillo de Oliveira Torres (*O Conselho de Estado*, Rio de Janeiro : Edições G R D, 1965, p. 109): “podemos dizer que, resumindo o debate, havia no Brasil dualidade de jurisdição – os tribunais não podiam julgar a administração – mas, ao [sic] Conselho de Estado era meramente consultivo. Havia na instituição e seu funcionamento um estranho sabor arcaizante, a recordar a tradição européia e cristã do rei justiceiro. Quem julgava era o Imperador: limitando-se os conselheiros a consultar a respeito.”

De outra parte, o grande publicista do Império, Paulino José Soares de Sousa (Visconde do Uruguay) – que exerceu, entre outras funções, a de Conselheiro de Estado –, corroborava a deficiente regulamentação do órgão e propugnava, com arrimo na doutrina francesa, o seu aperfeiçoamento. De forma muito significativa, afirmava que contencioso administrativo “temos, e não podemos deixar de ter, embora não saibamos bem o que elle he”.¹⁸⁵ De outra forma, ressaltava que o instituto “aliás existe em toda a parte, e também entre nós, posto que em estado de embryão”¹⁸⁶ e “muito deficiente e perfunctório”.¹⁸⁷ Além de ser “arbitraria”, a legislação administrativa brasileira “não offerece garantias sufficientes” nesta matéria.¹⁸⁸

O Visconde não ousou defender, entretanto, a criação de uma verdadeira justiça administrativa, formada por membros independentes e inamovíveis, o que equivaleria, na prática, segundo a sua visão, à criação de dois poderes judiciários.¹⁸⁹ Perspectiva semelhante adotou, no mesmo período histórico, o jurista Pimenta Bueno.¹⁹⁰

5. Como já mencionado, adotou-se no Brasil, a partir da nova ordem estabelecida em 1889, o sistema da *jurisdição única*.¹⁹¹ Essa forma de organização do controle dos atos administrativos (que percorreu longo caminho histórico, originando-se, em sua forma moderna, no direito inglês e daí passando aos Estados Unidos da América e a outros países da Europa e da América)¹⁹² liga-se ao princípio da supremacia da lei, de modo que compete ao Poder Judiciário examinar a aplicação da lei em sua inteireza, incluindo a

¹⁸⁵ VISCONDE DO URUGUAY, *Ensaio*, vol. 1, cit., p. 112

¹⁸⁶ VISCONDE DO URUGUAY, *Ensaio*, cit., p. 119

¹⁸⁷ VISCONDE DO URUGUAY, *Ensaio*, cit., p. 127

¹⁸⁸ VISCONDE DO URUGUAY, *Ensaio*, cit., p. 88

¹⁸⁹ VISCONDE DO URUGUAY, *Ensaio*, cit., p. 124.

¹⁹⁰ JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*, Rio de Janeiro : Typographia imp. e const. de J. Villeneuve e C., 1857, p. 300.

¹⁹¹ Conforme Seabra Fagundes (*O controle*, cit., p. 111-112), nesse sistema “tem lugar a apreciação das atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do Direito Privado, seja no âmbito do Direito Público, através do Poder Judiciário. Ou, em outras palavras, toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional.” Segundo lembra Ruy Barbosa (*Commentarios á Constituição Federal Brasileira, colligidos e ordenados por Homero Pires*, São Paulo: Saraiva, vol. 4, 1933, p. 429), os arts. 59 e 60 da Constituição de 1891 nitidamente implicaram a abolição do contencioso administrativo existente sob a Monarquia.

¹⁹² Para indicações históricas mais detalhadas, cf. SEABRA FAGUNDES, *O controle*, cit., p. 113-120.

legalidade dos atos praticados por órgãos integrantes da Administração Pública¹⁹³, idéia já presente, de forma implícita, na Constituição de 1891¹⁹⁴

Como remédios específicos destinados à tutela do cidadão em face da administração pública, destacando-se em especial o *habeas corpus*, a antiga ação sumária especial para anulação de ato administrativo e o mandado de segurança.

6. Com efeito, em razão da influência exercida pensamento liberal, o primeiro passo em direção ao *habeas corpus* foi dado ainda no período colonial, por meio do Decreto de 23 de maio de 1821, o qual, em seu art. 1º, estabeleceu que “nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito de juiz ou magistrado criminal de território, exceto somente em caso de flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinqüente”.¹⁹⁵

O remédio não foi consagrado expressamente na Constituição de 1824, poderia ser deduzido implicitamente do conteúdo do seu art. 179, § 8º¹⁹⁶, acabando por encontrar guarida no art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832.¹⁹⁷ A Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, em art, 18, § 1º, instituiu o *habeas corpus* preventivo, para os casos em que o impetrante se visse ameaçado de sofrer constrangimento corporal.¹⁹⁸

7. No período republicano, tem-se o célebre e controverso § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, concedendo o remédio “sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por illegalidade ou abuso de poder”.

¹⁹³ THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Instituições*, cit., p. 490.

¹⁹⁴ RUY BARBOSA, *Commentarios*, cit., p. 430.

¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, *História e prática do habeas-corporis*, Rio de Janeiro : Konfino, 2. ed., 1951, § 36, n. 1, p 124.

¹⁹⁶ “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de 24 horas contadas da entrada na prisão (...), o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as” (PONTES DE MIRANDA, *História e prática do habeas-corporis*, cit., § 37, n. 1, p. 126).

¹⁹⁷ “Todo cidadão que entender, que elle ou outrem, soffre uma prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade, tem o direito de pedir uma ordem de habeas-corporis em seu favor”.

¹⁹⁸ “Tem logar o pedido e concessão da ordem de habeas-corporis ainda quando o impetrante não tenha chagado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado”. Cf., a respeito, TAVARES BASTOS, *O habeas corpus na república*, p. 27-28; LUIZ M. CORREIA, *O habeas-corporis e os interdictos*, Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921, p. 3.

8. Segundo observa, com integral acerto, Eduardo Talamini, “a instauração do *habeas corpus* no direito brasileiro inspirou-se não apenas no modelo anglo-saxônico do *habeas corpus* e de outros writs”. Antes, constata-se que o remédio em questão “vingou precisamente por encontrar suporte na 'apelação extrajudicial' e em outros mecanismos de tutela interdita previstos nas Ordenações do Reino, notadamente as 'seguranças reais' e as 'cartas de seguro' ou de 'segurança'”.¹⁹⁹

9. Se o *habeas corpus* mostrava-se apto à proteção efetiva da liberdade de “ir, vir e ficar” (na dicção de Pontes de Miranda), faltava, porém, meio específico destinado à salvaguarda de direitos outros, o que levou a uma série de adaptações práticas do *writ* em questão, culminando com a criação do mandado de segurança.

10. Primeiramente, destaca-se a aplicação do *habeas corpus* para a tutela, em face da administração pública, dos direitos individuais cujo exercício tivesse como requisito a liberdade física, ou seja, o direito de locomoção, prática denominada, com justiça de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, uma das três correntes interpretativas da garantia constitucional, embora não tenha sido aquela que terminou por prevalecer.²⁰⁰

A emenda constitucional de 1926, que alterou a redação do § 22, com vistas a evitar pretensos excessos quanto à concessão do *habeas corpus*, especialmente por parte do STF, terminou por frear a marcha evolutiva dessa doutrina.

11. Em segundo lugar, deve-se acentuar as tentativas ousadas de estender a esses direitos a tutela fornecida pelos interditos possessórios, no espírito da chamada “posse de direitos pessoais”.

Com efeito, Ruy Barbosa não se limitou a invocar a prática anglo-americana, mas “em sua minuciosa pesquisa indicou os autores reinícolas para quem a ação de manutenção compete ao possuidor de qualquer coisa, ainda que incorporal, abrangendo os direitos de jurisdição, de padroado, de cobrar foros ou de exercer alguma servidão ativa, se for perturbado; cita, em

¹⁹⁹ TALAMINI, *As origens do mandado de segurança*, cit., p. 303.

²⁰⁰ Como recordam, entre outros, Pontes de Miranda (*História e prática do habeas-corpus*, cit., §§ 54-55, p. 175-184) e Eduardo Talamini (*As origens do mandado de segurança*, cit., p. 307-308).

sustentação de sua tese, as opiniões de Almeida e Sousa, que discorreu sobre as cartas tuitivas conservatórias da posse e muitos outros”.²⁰¹

Percebeu, o grande publicista da República “a necessidade de dotar a ordem jurídica de um instrumento apto e eficaz à proteção de direitos esbulhados ou ameaçados de espoliação por ato ilegal ou de abuso de poder de autoridade pública”²⁰².

Em que pese a criatividade inerente a essa construção, seu emprego terminou sendo rechaçado pelos tribunais, segundo informação de Themístocles Brandão Cavalcanti.²⁰³

12. Em terceiro lugar, tem-se a ação sumária especial prevista no art. 13 da Lei nº 221/1894, cujo ‘caput’ atribuía aos juízes federais competência para processar e julgar demandas fundadas na lesão de direitos individuais praticada por ato das autoridades administrativas da União.²⁰⁴

Controle restrito à apreciação da legalidade do ato (compreendidas a não-aplicação ou a aplicação indevida do direito vigente, assim como excesso de poder, conforme disposto nas alíneas “a” e “b” do § 9º)²⁰⁵, não de sua conveniência ou oportunidade, questões tidas como atinentes à esfera discricionária da administração pública²⁰⁶.

Tratava-se de demanda de natureza anulatória, na medida em que a respectiva sentença de procedência ostenta eficácia constitutiva negativa (§ 9º), permitindo a a suspensão liminar da execução do ato administrativo impugnado (§ 7º).²⁰⁷ Apesar de o procedimento especial admitir instrução

²⁰¹ BUZAID, *Rui Barbosa*, cit., n. 13, p. 16.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Instituições*, cit., p. 493.

²⁰⁴ “Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”

²⁰⁵ “Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstando-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade”; “A medida administrativa tomada em virtude de uma facultade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder”.

²⁰⁶ THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Instituições*, cit., p. 492-493.

²⁰⁷ “A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se oppuzerem razões de ordem publica”.

probatória, a inicial deveria ser instruída com prova documental, sob pena de indeferimento (§§ 4º e 5º).²⁰⁸

Passada em julgado, a respectiva sentença de procedência obrigava a administração em relação ao caso concreto (§ 11)²⁰⁹, implicando, a sua violação por parte do agente público, responsabilidade civil e criminal (§ 12)²¹⁰. A garantia ostentava caráter apenas repressivo (ausente forma preventiva), limitado também a proteção apenas de direitos subjetivos individuais.

Sem embargo do uso constante e da abundante jurisprudência formada a respeito desse remédio,²¹¹ o fato é que, “na prática, a ação especial se mostrou destituída da eficiência reclamada pela própria natureza dos direitos em causa”, conforme atesta Alcântara Machado.²¹²

13. Segundo recorda Castro Nunes, em célebre monografia, a idéia de um instituto paralelo ao *habeas corpus* foi lançada no Congresso Jurídico de 1922, oportunidade em que restou aprovada tese, lançada pelo Ministro Edmundo Muniz Barreto, do STF, no sentido da instituição de remédio semelhante ao amparo do direito mexicano.²¹³

Desde então, sucederam-se vários projetos para criação do um novo remédio foram propostos, destacando-se o de nº 148, proposto em 1926 por Gudesteu Pires, inspirado no *habeas corpus*.

Como se sabe, o instituto restou efetivamente delineado na Constituinte de 1934, com base no projeto de João Mangabeira, responsável pela

²⁰⁸ “A petição inicial indicará também as testemunhas e as demais provas em que o autor se basêa e deverá, ser desde logo instruída com a prova documental, salvo demora imputável às partes interessadas”; “A ação poderá ser desprezada in limine si for manifestamente infundada, si não estiver devidamente instruída, si a parte for ilegítima, ou si houver decorrido um anno da data da intimação ou publicação da medida que for objecto do pleito”.

²⁰⁹ “As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão.”

²¹⁰ “A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal.”

²¹¹ O testemunho é de Themístocles Brandão Cavalcanti (*Instituições*, cit., p. 493).

²¹² *Apud* CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, Rio de Janeiro : Forense, 3. ed., 1951, p. 17. Para um exame mais detalhado das diversas propostas que redundaram no atual mandado de segurança, cf. J. M. OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, São Paulo : RT, 3. ed., 1969, p. 62-71; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., p. 14-22; THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, São Paulo : Saraiva, 3. ed., 1948, p. 37 et seq.

²¹³ CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., p. 14-16 e 19.

denominação “mandado de segurança”²¹⁴, vindo, após variadas emendas apresentadas por figuras como Themístocles Brandão Cavalcanti, Carlos Maximiliano, Maurício Cardoso, Levi Carneiro, a redação posta no art. 113, n. 33, da Constituição de 1934:

“Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.”

A rápida leitura do preceito em questão evidencia a clara vinculação do mandado de segurança ao *habeas corpus*, de quem tomou o procedimento, bem como aos interditos possessórios, como se vê da referência às “ações petitórias”.

14. O remédio nasceu regulamentado pela própria norma instituidora, que lhe atribuiu o mesmo procedimento do *habeas corpus*, cabendo à Lei n° 191, de 16.1.1936, apenas a disciplina do procedimento a ser observado para a tramitação da causa.

A Constituição de 1937, dentro do espírito que animou o Estado Novo, “*não considerou garantia constitucional o mandado de segurança*”, deixando de conter referência específica sobre o assunto.²¹⁵ A Lei n° 191 não fora formalmente ab-rogada, mas, em face da omissão da nova Carta, carecia de suporte constitucional, sendo havida por inexistente. Coube ao Decreto-Lei n° 6, de 16.11.1937, restabelecer a vigência da referida Lei, apenas excluindo o remédio relativamente aos atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores (a partir de 10.11.1937).²¹⁶

O CPC/1939, como se sabe, implicou poucas alterações de ordem técnica em relação à Lei n° 191, praticamente reproduzindo-a e adaptando-a à

²¹⁴ “Toda pessoa que tiver um direito incontestável, ameaçado ou violado por um ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que o ampare com um mandado de segurança. O juiz, recebendo o pedido, resolverá dentro de setenta e duas horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E se considerar o remédio legal, expedirá o mandado, ou proibindo esta de praticar o ato, ou ordenando-lhe restabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário”.

²¹⁵ OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., p. 72.

²¹⁶ OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., p. 74-75.

sistemática da lei processual²¹⁷, mantidas as restrições em relação aos atos do Presidente, Ministros, Governadores e Interventores.²¹⁸

A matéria recebeu a disciplina definitiva, no plano da legislação ordinária, com a Lei nº 1.533, de 31.12.1951, diploma que revogou a disciplina do CPC/1939 sobre o assunto e que permanece em vigor até a atualidade.

Constituição de 1946, art. 141, § 24.²¹⁹ Substituiu os pressupostos de certeza e incontestabilidade por certeza e liquidez. A Constituição de 1967, por sua vez, sob o pretexto de conferir maior exatidão gramatical ao preceito contido na Carta anterior, acabou por adjetivar o direito objeto da proteção como “individual (art. 150, § 21)²²⁰, desencadeando considerável polêmica a respeito do caráter restritivo atribuído a essa cláusula.

A Emenda nº 1/1969 (art. 152, § 21)²²¹ restabeleceu a redação da Constituição de 1946, resultando de compromisso entre os Poderes no sentido da manutenção dos princípios da Carta do Pós-Guerra sobre os direitos e garantias individuais.²²²

15. Deve-se à Constituição Federal de 5.8.1988, além da manutenção do instituto (art. 5º, LXIX), a introdução do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), remédio passível de ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

16. Do ponto de vista processual, resta nítido o caráter interdital do mandado de segurança (apesar das vacilações doutrinárias examinadas mais

²¹⁷ OTHON SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., p. 72.

²¹⁸ A Jurisprudência, entretanto, como recorda Othon Sidou (*Do mandado de segurança*, cit., p. 75), houve por bem estender a garantia aos atos praticados pelas autoridades que executassem a determinação das autoridades imunes.

²¹⁹ “Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

²²⁰ “Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

²²¹ “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”.

²²² J. M. OTHON SIDOU, *As garantias ativas dos direitos coletivos*, Rio de Janeiro : Forense, 1977, n. 60, p. 246.

adiante), destacando-se, nesse sentido, o parentesco mantido com o *habeas corpus* e as ações possessórias.

Possível, outrossim, a analogia entre o mandado de segurança e os *writs* do direito anglo-saxônico. Como bem resumiu Castro Nunes, “o nosso mandado de segurança não é nenhum desses *writs* de per si. A todos resume: realiza a função do *mandamus* e da *injunction*, do *certiorari* e do *quo warranto*”; não se trata, portanto, de “remédio de equidade. Não corrige injustiças. É instrumento de contencioso de legalidade. É meio de defesa do direito, como aqueles *writs*, por coerção direta.”²²³

Além disso, o instrumento em questão “previne a ilegalidade, faz cessar a violação, obsta a que continue a lesão” e, dessa forma, “é também tutelar do interesse geral, na defesa do erário público, responsável pela reparação do dano que por êle se evita ou, pelo menos, do dano continuado que, por meio dêle, se faz cessar.”²²⁴

Ainda ecoa a sentença lapidar do eminente jurista brasileiro, que bem apreendeu a natureza do instituto, definido-o nos seguintes termos:

“O mandado de segurança dá ao titular do direito a prestação in natura. É um procedimento ad ipsam rem, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma indireta da equivalência econômica, princípio pelo qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação, scilicet violação da lei.”²²⁵

Assim, as peculiaridades interditaes do remédio heróico revelam-se também quando de sua efetivação prática. A esse respeito, pondera Seabra Fagundes haver “direitos subjetivos, cuja proteção só se torna na verdade eficiente se se coíbe o sujeito passivo à prestação devida, em espécie” de modo que a execução por sub-rogação se tornaria completamente ineficaz.

²²³ CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., p. 52-53. Trata-se, na verdade de coerção indireta, atuando assim sobre a vontade do réu, não da verdadeira e própria coerção direta, a qual, como se verá no Capítulo 3, prescinde da cooperação do obrigado.

²²⁴ CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., p. 53.

²²⁵ De forma semelhante, observa Seabra Fagundes que, “embora seja peculiar ao mandado de segurança a execução em espécie (no sentido de que a sentença não comporta condenação alternativa – fazer e não fazer, ou pagar perdas e danos), não lhe é própria a execução forçada” (*O controle*, cit., p. 297, nota nº 2), entendida essa última como coerção direta realizada por parte do Estado.

“Por isto”, prosegue o juriconsulto, “e dada a amplitude dos poderes da Administração Pública sobre o indivíduo” (especialmente a “excepcional faculdade de execução ex officio por ela utilizável contra ele”), “surge a necessidade de resguardá-lo, diante dela, com meios especiais de proteção aplicáveis a casos nos quais a prestação in natura se mostre praticamente insubstituível”. “Nem seria justo” – observa, invocando lição do publicista norte-americano Goodnow – “que o Estado desamparasse o administrado de remédios eficientes para salvaguarda de seus direitos, quando dependentes de prestações de fato dos próprios órgãos do poder público”. Daí a aplicabilidade do mandado de segurança como meio de proteção dos direitos individuais revestidos das condições de liquidez e certeza, não compreendidos pelo habeas corpus e (liberdade física) e pelos interditos possessórios. Mesmo ausentes os requisitos específicos ensejadores do *mandamus*, entende Seabra Fagundes ser utilizável “o procedimento ordinário com pedido cominatório (Código de processo civil, arts. 287, 632, 642 e 644)”.²²⁶

18. Consta-se, assim, que o estabelecimento do mandado de segurança brasileiro (assim como outras garantias constitucionais das liberdades existentes nos sistemas jurídicos latino-americanos, notadamente o *amparo*) deve-se em larga medida aos “resíduos de tutela interdita do direito comum”, “não apenas, como por vezes se supõe, às influências do direito constitucional norte-americano”.²²⁷ Generalizando essa percepção, não se mostra acertado, como por vezes se pretendeu, vincular a mandamentalidade exclusivamente (ou mesmo decisivamente) aos institutos jurídicos legados pelo direito anglo-americano.²²⁸

²²⁶ SEABRA FAGUNDES, *O controle*, cit., p. 297-298, nota nº 3.

²²⁷ TALAMINI, *As origens do mandado de segurança*, cit., p. 306.

²²⁸ Assim pensa Fabrizio Camerini (*Teoria geral da tutela mandamental*, São Paulo : Quartier Latin, 2007, p. 69-70), chegando mesmo a proclamar a natureza híbrida (*common law* e família romano-germânica) do sistema jurídico brasileiro, que misturaria as tradições anglo-americana e romano-germânica. Penso, ao contrário, que a consagração de instrumentos próprios do direito inglês (como o habeas corpus) e norte-americano (como o controle jurisdicional dos atos administrativos e o controle difuso da constitucionalidade das leis), e mesmo a positivação da garantia do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV), não se mostram suficientes para descaracterizar a identidade romana do direito brasileiro (nesse sentido, Cezar Saldanha Souza Junior, *A supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos*, tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Porto Alegre, novembro de 2002, n. 58, p. 186-187; n. 60, p. 190). Para um aprofundamento do problema, a partir de outros enfoques, cf. C. A. Alvaro de Oliveira, *Do formalismo*, cit., *passim*,

3.4. Marchas e contramarchas do direito processual civil brasileiro no século XX

1. O CPC de 1939, recusou-se a implementar a unificação das vias executórias, mantendo-se, nesse particular, fiel à tradição jurídica luso-brasileira. Assim, de um lado, consagrou o processo de execução de sentenças²²⁹, objeto do Livro VIII. De outro, conservou diversos procedimentos executivos, de natureza sincrética, constantes dos arts. 298-301.

As ações cominatórias para prestação de fato ou abstenção de ato (reguladas nos arts. 302-310), foram definitivamente separadas do interdito proibitório (arts. 377-380). Apenas estes últimos conservaram o caráter verdadeiramente interdital, ao passo que as, em relação às primeiras, a apresentação da contestação implicava, de regra, o afastamento da eficácia conferida ao mandado inicial,²³⁰ dando margem à “versão emasculada” da ação cominatória que veio a ser acolhida por determinada corrente jurisprudencial.²³¹

2. Já o CPC de 1973, por questões doutrinárias bastante conhecidas e estudadas – dentre as quais se inclui a recepção acrítica da doutrina italiana – completou o rompimento com a tradição jurídica lusitana que vicejou no Brasil por mais de quatro séculos.

No campo da conformação do processo civil, adotou-se com excessivo rigor a separação entre cognição e execução, ausente da tradição luso-brasileira, como visto.

Reafirmou, na esteira do disposto no CC/1916e do CPC/1939, o dogma “nemo ad factum”, implementando-se o banimento definitivo do procedimento cominatório, substituído pela determinação genérica constante do art. 287 do CPC.²³²

esp. p. 85-87; Daniel Mitidiero, *Processo civil e Estado constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 23 *et seq.*

²²⁹ CPC/1939, art. 882: “serão exequíveis as sentenças” (destaque acrescentado).

²³⁰ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer*, cit., p. 114.

²³¹ J. C. BARBOSA MOREIRA, “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, in: *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, São Paulo : Saraiva, 2ª ed., 1988, p. 30-44 esp. n. 10, p. 41, nota nº 16; *idem*, “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in: *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*, São Paulo : Saraiva, 2. ed., 1988, p. 21-29, esp. n. 8, p. 28-29.

²³² BARBOSA MOREIRA, *A tutela específica do credor nas obrigações negativas*, cit., p. 41: “O legislador de 1973, conhecendo o expediente adequado, furtou-se curiosamente a fazer

3. No entanto, passados pouco tempo depois a entrada em vigor do novo Código, sentiu-se mais uma vez pressão da realidade, visível, primeiramente, no uso da ação cautelar inominada contra as intenções manifestas do sistema, dada a ausência de meios de tutela urgente satisfativa.²³³ Já nos anos de 1980 ocorreu a recepção parcial de certos anseios não contemplados na Codificação processual, como se pode ver das normas destinadas a regular o processo coletivo no âmbito da ação civil pública e do direito do consumidor (LACP, art. 11²³⁴; CDC, art. 84, “caput”²³⁵).

As mini-reformas do CPC da década de 1990, por seu turno, instituíram a antecipação de tutela (art. 273), o cumprimento específico das obrigações de fazer e não-fazer (art. 461) – cujos mecanismos foram verdadeiramente importados do CDC²³⁶ –, a flexibilização do rol dos títulos executivos extrajudiciais (art. 575) e a formação antecipada do título judicial no caso de obrigações pecuniárias e de entregar coisa, com a ação monitória, prevista nos arts. 1.102a-1.102-C.

Como ressalta Eduardo Talamini, “o sistema do art. 461 devolve a tutela dos deveres de fazer e não fazer ao leito da tutela interdital, com a multa assumindo, em sua plenitude, o caráter de preservação da autoridade” judicial.²³⁷ Tal intento restou aperfeiçoado no ano de 2002, com o acréscimo ao CPC

dele o uso amplo que lhe sugeriam a política jurídica e a própria tradição do direito brasileiro, já chagada no Código de 1939 a grau de aprimoramento bastante para produzir uma figura *genérica* de tutela do credor, em matéria de obrigação de fazer em não fazer, construída sobre o esquema do preceito *in limine litis*, com aplicação imediata da sanção cominada, no caso de descumprimento: a ação cominatória do art. 302, XII. Restringiu-se de modo notável, na reforma processual, à simples proteção da posse e da propriedade; fora desse âmbito privilegiado, o processo de conhecimento disciplinado no vigente estatuto afigura-se impotente para tutelar em forma preventiva, e portanto específica, com eficácia prática, as posições jurídicas de vantagem a que correspondam obrigações negativas no sentido lato (...) e a carência é tanto mais séria quanto menos satisfatória, em inúmeras situações excluídas (basta pensar nas de conteúdo não patrimonial), a a tutela sancionatória ou repressiva”. No mesmo sentido, *idem*, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, cit., n. 6, p. 26-27; n. 8, p. 28.

²³³ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, cit., vol. 2, p. 248; vol. 3, p. 79-82.

²³⁴ “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

²³⁵ “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

²³⁶ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo : Malheiros, 5. ed., 2001, n. 112, p. 154 e n. 113, p. 157.

²³⁷ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 241.

do art. 461-A, possibilitando a tutela específica também das obrigações de entregar coisa.

4. Finalmente, a derradeira onda reformista, iniciada no ano de 2005, teve por objeto a reestruturação do processo de execução como um todo.

Com efeito, coube especialmente à Lei nº 11.232/2005 retirar a execução do título judicial do Livro II do CPC, inserindo-a no Livro I como simples etapa do procedimento ordinário, que, levando-se a cabo a direção estabelecida com a criação da antecipação de tutela, tornou-se agora plenamente sincrético.

Concretamente, implementou-se a reunião das diversas “execuções” (em sentido largo) de sentença, sob a rubrica “cumprimento da sentença” (Livro I, Capítulo X, Título VIII) possibilitando, como mais adiante se verá, o resgate da autonomia da mandamentalidade na legislação processual civil.

O sentido da reforma parece bastante: retorno à tradição, que não fora eliminada, mas apenas posta temporariamente entre parênteses em razão de esquema doutrinário apriorístico, proveniente de tradição jurídica diversa da luso-brasileira. Nesse sentido, a nova execução de sentença faz lembrar a *imploratio officii iudicis* do direito italiano medieval, como expressamente reconhece Athos Gusmão Carneiro.²³⁸

4. Conclusões parciais

1. Como destacado no início, o presente Capítulo dedicou-se a apresentar as origens históricas da mandamentalidade tal como se delineia no processo civil brasileiro.

Assim, após um esclarecimento inicial de ordem etimológica e filosófica a respeito dos termos normalmente associados às ordens judiciais, passou-se ao estudo da primeira e mais importante referência histórico-dogmática, constituída pela experiência jurídica romana. Ao analisá-la, procurou-se demonstrar como a mandamentalidade obedece a uma estrutura própria, desenvolvendo-se à margem do sistema responsável pela construção da

²³⁸ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Do ‘Cumprimento da Sentença’, conforme a Lei nº 11.232/06. Parcial Retorno ao Medievalismo. Por que não? Dialética*, 38(maio/2006):17-42, esp. p. 17.

sentença condenatória. Nesse sentido, destacou-se o poder de imperar confiado ao *praetor*, exercido de forma independente do procedimento característico da *actio* e contando com mecanismos efetivos para realização de interesses públicos e individuais relevantes, como os interditos.

Foram destacados, em seguida, dois fatores presentes no *ius commune* europeu medieval conservados pela experiência luso-brasileira e que contribuem para explicar a sobrevivência da mandamentalidade enquanto forma relativamente diferenciada de tutela jurisdicional dentro desse âmbito: a existência do *processus executivus* e de preceitos cominatórios dotados de características marcadamente interditaes.

Na seqüência, acompanhou-se o processo de formação dos dois principais remédios jurídicos destinados à proteção da esfera individual em face da atuação estatal no Brasil independente: o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Finalmente, observou-se de que maneira mandamentalidade restou praticamente eliminada do sistema processual instaurado a partir de 1973, vindo posteriormente a reconquistar o posto destacado que ocupara desde os tempos do direito romano clássico.

2. Viu-se, também, que a afirmação da identidade romana do mandamento judicial presente na tradição luso-brasileira não exclui a analogia com instrumentos próprios da família anglo-saxônica. Tais institutos, entre os quais se incluem os *writs*, as *injunctio*ns e o *contempt of court*, denunciam a existência de importantes pontos de contato entre os dois principais sistemas jurídicos ocidentais, especialmente no âmbito latino-americano, em que as instituições de origem britânica exerceram marcante influência. Curiosamente, no exemplo brasileiro, a introdução do *habeas corpus* e, posteriormente, da versão nacional do *writ of mandamus* (= mandado de segurança), longe de descaracterizar os elementos da cultura latina e ibérica, terminou por reforçar ainda mais essa identidade, ao reavivar velhas instituições como os embargos à primeira.

3. De outra parte, observam-se duas notas dignas de destaque, mantidas ao longo de todo o processo histórico que culminou com as últimas reformas estruturais verificadas no CPC/1973. Primeiramente, a aplicabilidade das

ordens judiciais à proteção de situações jurídicas intimamente ligadas à pessoa, como a liberdade física e a posse. Em segundo lugar, o fato de que a mandamentalidade, mesmo nos momentos mais adversos, sempre encontrou maneiras de se manifestar, não raramente de forma surpreendente e graças ao talento e criatividade de juristas excepcionais (v. g., Rui Barbosa), o que vem a confirmar a percepção de que o direito existe para se realizar.

4. Delineada a absoluta e inegável realidade dos mandamentos judiciais na tradição jurídica romana particularizada no âmbito luso-brasileiro, cumpre investigar de que maneiras esse dado foi percebido e elaborado pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, objetivo a ser perseguido no Capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2

A MANDAMENTALIDADE NO CONTEXTO DAS PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES E DAS SENTENÇAS

Sumário: 1. A classificação tradicional das ações e das sentenças na doutrina processual civil. 2. Visões que reconhecem a mandamentalidade. 3. Outras visões a respeito da mandamentalidade. 4. Visões que questionam a mandamentalidade. 5. Conclusões parciais.

Antes de delinear a essência da tutela jurisdicional e os seus limites em relação às demais formas de tutela (o que será feito no próximo Capítulo), mostra-se necessário analisar da maneira mais abrangente possível o estado da questão na doutrina.

Assim, examina-se no presente momento a mandamentalidade no contexto das diversas teorias que propuseram modelos de classificação das sentenças judiciais, pré-requisito e preparação para o estudo da tutela mandamental em si mesma.

Em primeiro lugar, cumpre examinar as principais propostas tradicionais de classificação das ações e das sentenças, destacando o fato de que nenhuma delas deu atenção ao caráter mandamental das sentenças judiciais.

Em segundo lugar, proceder-se-á à apresentação das teorias que aceitaram a mandamentalidade, principalmente a de Pontes de Miranda.

Em terceiro lugar, deve-se estudar as principais visões que negam a existência dessa classe de ações e sentenças, na doutrina brasileira e estrangeira.

1. A classificação tradicional das ações e das sentenças na doutrina processual civil

Inicialmente, importa analisar as mais relevantes propostas de classificação das ações e das sentenças, desde o Direito Romano, passando pela doutrina de base romanista e chegando às visões formuladas pelos principais expoentes da fase dita “científica” da doutrina processual (até meados do séc. XX) na Europa e no Brasil.

1.1. Doutrina de base romanista

1. A doutrina de base romanista não logrou dar à problemática das sentenças a atenção merecida, deixando de delimitar a sua natureza e as suas classes.

De fato, o foco dos juristas, desde os medievais até os pandectistas do séc. XIX, foi sempre o estudo das ações. Assim, Friedrich Carl von Savigny, paradigmaticamente, escrevia em 1841, logo no princípio do vol. 5 do *System des heutigen Römischen Rechts*, que lhe interessava somente o estudo das transformações sofridas pelo direito subjetivo em virtude de terem sido lesionados, reunidas sob a rubrica “Direito das ações” (*Actionenrecht*); o processo, entendido como conjunto das formalidades voltadas ao restabelecimento do direito lesado, foi deixado de lado.²³⁹ Mesmo as sentenças só lhe interessaram na medida em que exercem influência sobre o conteúdo e amplitude dos direitos subjetivos (que preexistiriam a elas), por meio da autoridade da coisa julgada (*Rechtskraft*).²⁴⁰

Diante disso, é natural que a classificação das ações nem sequer fosse pensada em função das sentenças, mas estivesse ligada aos esquemas extraídos das fontes romanas, dos quais a referida doutrina também não se libertou.

A mais importante classificação das ações legada aos juristas europeus é a que distingue entre as ações reais e as ações pessoais, registrada no Livro IV dos Comentários de Gaio: “*Resta tratarmos das ações. E se perguntarmos,*

²³⁹ VON SAVIGNY, *System*, 5. Bd., cit., § 204, p. 2; § 205, p. 5-6. A visão desse autor retrata perfeitamente a perspectiva procedimentalista que caracterizou a fase pré-científica da doutrina processual civil.

²⁴⁰ VON SAVIGNY, *System*, cit., 6. Bd., 1847, § 280, p. 258-261.

quantos sejam os gêneros das ações, vê-se, em verdade, que são dois: *in rem* e *in personam*".²⁴¹

O autor punha em prática o método de divisão em gênero e espécie, adotado e desenvolvido pelos juristas romanos, provavelmente, desde Q. Mucius Scaevola, tendo por base a filosofia grega.²⁴² O intento era o de encontrar o critério supremo, de forma a abarcar toda a matéria e enquadrá-la em classes exaustivas e paralelas, de modo a obter uma divisão perfeita em duas partes. O compilador justiniano chega a afirmar que o trecho gaiano contém a divisão suprema de todas as ações ("*omnium actionum [...] summa divisio*").²⁴³

A formulação de Gaio deixa dúvida de que a ação segue a natureza da relação jurídica trazida ao conhecimento do órgão judicial. Assim, a *actio* é *in personam* quando se litiga com alguém a quem se está vinculado por contrato ou por delito, ou seja, quando se crê que o outro deva dar, fazer ou prestar.²⁴⁴ A *actio* é *in rem*, em contrapartida, quando o autor crê que a coisa corpórea lhe pertence ou que lhe compita algum direito real sobre coisa alheia, ou quando a ação do adversário for negativa.²⁴⁵

A compilação de Justiniano adicionou ainda um terceiro gênero à "summa divisio", que seria o das ações mistas (*actiones mixtae*). Incluir-se-iam nessa categoria as ações divisórias (*communi dividundo*, *familiae erciscundae*,

²⁴¹ Gai. 4, 1: "Superest, ut de actionibus loquamur. Et si quaeramus, quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam".

²⁴² Cf. MARIO BRETONE, *História do Direito Romano*, trad. Isabel Teresa Santos, Lisboa: Estampa, 1990, p. 135-136.

²⁴³ I. 4, 6, pr.: "Omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de qua re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt aut in personam. namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, quo casu proditae actiones in personam sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis: aut cum eo agit qui nullo iure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. quo casu proditae actiones in rem sunt. veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est." Cf. von Savigny, *System*, 5. Bd., cit., § 206, p. 13.

²⁴⁴ Gai. 4, 2: "in personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE".

²⁴⁵ Gai. 4, 3: "In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut ius aliquod nobis competere, velut utendi aut utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive, aut cum actio ex diverso adversario est negativa".

finium regundorum), que participariam simultaneamente da natureza de ambas as ações.²⁴⁶

Além dessa *summa divisio*, Gaio recolheu outras divisões de importância considerável. Poder-se-ia lembrar, a título de exemplo, a distinção entre as *actiones civiles*, fundamentadas no *ius civile (ius Quiritium)*, e as *actiones honorariae*, embasadas unicamente no poder do *praetor*, subdivididas estas últimas em *actiones utiles* ou *in factum*, conforme resultassem da extensão analógica de uma *actio* já existente ou implicassem o reconhecimento de uma nova relação jurídica absolutamente desconhecida pelo sistema tradicional das ações.²⁴⁷

As *Institutiones Iustiniani* também consagraram outras classificações. Assim, as ações poderiam ser divididas em *rei persecuendae*, *poenae persecuendae* e *mixtae*, conforme tivessem por objetivo a restituição da coisa, a aplicação de uma pena ou ambas.²⁴⁸ Elas poderiam ser diferenciadas, ainda, conforme o montante da condenação, em ações *in simplum*, *in duplum*, *in triplum*, *in quadruplum*, conformem visassem, respectivamente, ao pagamento da quantia devida, ao seu dobro, triplo ou quádruplo.²⁴⁹ Quanto ao elemento gerador, as ações poderiam ser ditas *bonae fidei* ou *stricti iuris*, conforme possibilitassem ou não o julgamento de acordo com boa-fé (*ex fide bona*).²⁵⁰ Finalmente, poder-se-ia referir as *actiones prejudiciales*, concernentes ao *status libertatis* individual.²⁵¹

2. Em vista da escassez de fontes, os juristas medievais tomaram como base as classificações encontradas na Compilação Justinianéia, procurando harmonizar os vários fragmentos que trataram da matéria. Mais do que realizar simples exegese textual, esses estudiosos preocuparam-se em tornar o Direito Romano aplicável na prática, percebendo nas distintas divisões a chave para a

²⁴⁶ I. 4, 6, 20: "Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam. qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate: item communi dividundo, quae inter eos redditur inter quos aliquid commune ex quacumque causa est, ut id dividatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent."

²⁴⁷ Gai. 4, 34-37; 45-47.

²⁴⁸ I. 4, 6, 16-19.

²⁴⁹ I. 4, 6, 21-24.

²⁵⁰ I. 4, 6, 28-30.

²⁵¹ I. 4, 6, 13.

compreensão do próprio ordenamento romano recepcionado na Europa medieval.²⁵²

M. A. von Bethmann-Hollweg, apoiando-se nas pesquisas de Friedrich Carl von Savigny (*Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*), atribui ao glosador Placentino um dos primeiros estudos metodicamente ordenados acerca do tema classificatório, denominado *Summa de varietate actionum*, composto provavelmente em 1160.²⁵³ Nessa obra, o jurista medieval partiu da definição legada pelas *Institutiones* (“*actio nichil aliud est quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*”)²⁵⁴, procurando enquadrar nos termos “ius”, “persequendi”, “iudicio” e “debetur” as várias classificações adotadas pelo compilador justinianeu.

Assim, ao primeiro termo poder-se-ia relacionar as *actiones civiles e pretoriae*; ao segundo, as *in rem, in personam e mixtae*; ao terceiro, as *bonae fidei, stricti iuris e arbitrariae*; ao quarto, finalmente, de um lado as *actiones rei persecutoriae, poenales e mixtae*, conforme a qualidade, e de outro lado, as *actiones in simplum, in duplum, in triplum e in quadruplum*, segundo a respectiva quantidade.²⁵⁵ O método permitiria, ainda, múltiplos cruzamentos

²⁵² Nesse sentido, M. A. von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts*, cit., Bd. 6, § 120, p. 18: “Als nun die Glossatoren die tiefere Erkenntniß des römischen Rechts in seinem inneren Zusammenhang und seine Wiedereinführung ins Leben sich zur Aufgabe machten, mußte vor Allem diese Eigenthümlichkeit desselben ihre Aufmerksamkeit erregen und sie veranlassen, über das Wesen der Actio und ihrer verschiedenen Genera und Speces, die den Schlüssel zum System des römischen Rechts selbst und die Mittelglieder für seine Anwendung im Rechtsstreit bilden, ins Klare zu kommen, auch die Resultate dieser Forschung in Schriften gemein zu machen.”

²⁵³ LUDWIG WAHRMUND (ed.), *Die Summa “de actionum varietatibus” des Placentinus*, Aalen : Scientia Verlag, 1962 (Neudruck der Ausgabe 1925), p. X-XIV; FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 4 (Das zwölfte Jahrhundert)*, Heidelberg : J. C. B. Mohr, 2. Ausgabe, 1850§ 77-87, p. 257 et seq.; BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts*, cit., Bd. 6, § 120, p. 19; ANDREAS KOLLMANN, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem um materiellem Rechts*, Berlin : Duncker & Humblot, 1996, p. 186.

²⁵⁴ WAHRMUND, *Die Summa*, cit., n. V, p. 9.

²⁵⁵ WAHRMUND, *Die Summa*, cit., n VI, p. 11: “Exposuimus superius, qualiter actio diffiniatur. Nunc explicemus, quemadmodum dividatur. Et notandum, quia a singulis verbis, quae sunt posita in diffinitione actionis, divisio sumitur. Ecce enim in primis a verbo *iuris*, quia sicut ius aliud civile, aliud praetorium, sic et actiones aliae sunt civiles, aliae pretoriae (...). A verbo *persequendi* sumitur divisio, quia actionum aliae sunt in rem, aliae in personam, aliae mixtae. A verbo *iudicii* sumitur divisio, quia sicut iudicium aliud est bonae fidei, aliud stricti iuris, alius arbitrium, ita et actionum omnium aliae sunt bonae fidei, aliae stricti iuris, aliae arbitrariae. A verbo *debiti* divisio gemina trahitur secundum eius qualitatem et quantitatem, Secundum qualitatem hoc modo, quia sicut debetur alias res, alias pena, alias utrumque, ita et actionum omnium aliae sunt persecutoriae rei, aliae poenae, aliae utriusque. Secundum quantitatem hoc modo, quia sicut debetur alias simplum, alias duplum, alias triplum, alias

entre as várias classes, o que daria origem a esquemas cada vez mais complexos e detalhados.²⁵⁶

Nessa linha, o glosador Johannes Bassianus propôs um plano de sistematização das várias categorias da compilação de Justiniano consistente em uma tábua classificatória conhecida como “árvore de ações” (*Arbor actionum*), composta pela primeira vez no final do séc. XII.²⁵⁷

João Mendes de Almeida Junior, baseando-se em trecho provavelmente adaptado do volume IV do *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, de von Savigny, fornece um panorama simplificado acerca das categorias e do funcionamento dessa árvore:

“Segue-se a obra de BASSIANO, intitulada *Arbor actionum*, que consiste em um quadro das acções, com uma pequena introdução e um pequeno numero de glosas, para explicar-lhes o uso: este quadro tem a forma de uma arvore, da qual as acções são os fructos. De um lado estão as acções pretorianas, em número de 121, e de outro lado as acções civis em numero de 48: cada acção é acompanhada de uma theoria, que por um methodo engenhoso não excede as divisões do quadro. Assim, BASSIANO estabelece que todos os caracteres das acções entram em doze divisões e faz corresponder a doze letras do alphabeto: *A* – pretorianas, civis; *B* – reaes, pessoaes, mixtas; *C* – *in simplum*, *in duplum*; *E* – *bonae fidei*, *stricti iuris*; *F* – *perpetuae*, *temporales*; *G* – transitivas aos herdeiros, não transitivas; *H* – infamantes, não infamantes; *I* – directas, úteis; *K* – directas, contrarias; *L* – universaes, geraes, singulares; *M* – simples e duplices. O logar que ocupa cada acção é indicado por um ou por muitos pontos collocados sobre cada letra: assim, quando uma acção é acompanhada das letras *A*, *B*, *H*, *L*, com dois pontos sobre cada uma, por exemplo, a acção *ex empto* (do comprador), que é indicada por dois pontos sobre essas letras, vê-se, pela arvore, que é civil, pessoal, não infamante, singular e como tem um só ponto nas outras letras, verifica-se, pela mesma arvore, que é reipersecutória, *in simplum*, *bonae fidei*, perpetua, transitiva, directa e simples.”²⁵⁸

quadruplum, sic et actionum omnium aliae in simplum, aliae in duplum, aliae in triplum, aliae in quadruplum concipiuntur.”

²⁵⁶ WAHRMUND, *Die Summa*, cit., n VI, p. 12.

²⁵⁷ BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts*, cit., Bd. 6, § 120, p. 24-25.

²⁵⁸ VON SAVIGNY, *Geschichte*, cit., § 91, p. 298-300. O trecho de von Savigny foi traduzido e adaptado por João Mendes de Almeida Junior, *Direito judiciario brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1940, p. 121.

Como se percebe, o tema classificatório não constitui novidade trazida pela dogmática jurídica alemã nos anos de 1800, constituindo preocupação recorrente desde o estabelecimento da ciência jurídica europeia no séc. XI (Bolonha).

3. Arnold Vinnius, autor da Escola Elegante holandesa,²⁵⁹ acrescenta que a distinção entre as ações *in rem* e *in personam* (principal de todas as propostas nas *Institutiones*) não se baseia na matéria da ação, mas em sua *causa eficiente*.²⁶⁰ Assim, como toda a ação procede do direito, e estes ou são reais (*iura in re*) ou decorrem de obrigações, resta evidente que as ações somente podem pertencer a um ou a outro gênero.²⁶¹ Censura, ainda, o compilador justinianeu, por ter introduzido a classe das “*actiones mixtae*”, tornando, de forma descabida e sem qualquer método, tripartida a divisão suprema que seria bipartida (em apenas dois gêneros).²⁶²

Por seu turno, Johann Gottlieb Heineccius, após distinguir os dois sentidos do termo ação (ação como *direito* de perseguir em juízo o que é devido e ação como *meio legítimo* de perseguir em juízo o que é devido), dividiu as ações (tomadas no primeiro sentido) em duas classes, em função do direito subjetivo que as originaria.²⁶³ Assim, as ações *in rem* decorreriam do

²⁵⁹ Sobre essa escola de pensamento, da qual também fez parte Johannes Voet, cf. R. C. van Caenegem, *Uma introdução histórica ao direito privado*, trad. de Carlos Eduardo Lima Machado, rev. de Eduardo Brandão, São Paulo : Martins Fontes, 2. ed., 1999, p. 82.

²⁶⁰ ARNOLDUS VINNIUS, *In quattuor libros institutionum imperialium commentarius academicus & forensis*, Amstelodami : Daniel Elzevir, 1665, p. 760, n. 1: “nos tamen à causa efficiente potius eam deductam arbitramur, hoc est, à jure”.

²⁶¹ VINNIUS, *Commentarius*, cit., p. 760-761, n. 2: “Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tamquam a causa efficiente proxima”; “ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem”; “obligatio actionem in personam parit”.

²⁶² VINNIUS, *Commentarius*, cit., p. 762, n. 6.

²⁶³ JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS, *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum*, Venetiis, Typographia Balleoniana, 1815, tomus II, § 1126: “ACTIO, quatenus est jus, ad secundum juris objectum, & speciatim ad *res incorporales*, pertinet, L. 49 D. de verb. sign., quatenus vero accipitur pro *remedio juris perseguendi*, ad tertium juris objectum referenda est, & sic priore sensu definiri potest, quod sit *jus perseguendi in judicio quod sibi debetur*, pr. *Inst. h. t.* : posteriore, quod sit *remedium legitimum perseguendi in judicio jura, quae tum in re, tum ad rem cuique competunt*”; *idem*, *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem institutionum*, Basileae, Tomus II, 1787, § MCXXVI: “Doctrinam de actionibus eo ordione pertractamus, utr praemissa definitione, hoc & sequentibus titulis aliquot actionum divisiones & classes explicantur. Nos primum definitionem videbimus. Actio potest duplici ratione considerari, aut tamquam *res incorporalis*, quae in bonis nostris est; & tunc pertinet ad secundum juris objectum, & quidem at tit. *de rebus incorporalibus*; aut accipitur pro medio legitimo jus suum in judicio perseguendi, & tunc pertinet ad tertium juris objectum, & quidem ad hunc tit. *de actionibus*. Jam si regulas methodi accuratae observare voluisset

próprio direito real (*ius in re*), ao passo que as ações *in personam* defluiriam do direito pessoal ou “à coisa” (*ius ad rem*) gerado pelas relações obrigacionais.²⁶⁴

4. Para Friedrich Carl von Savigny, o ágono da Escola Histórica alemã, a mais importante divisão das ações, que não ostentaria relevância simplesmente histórica, mas também para a compreensão do próprio sistema jurídico vigente naquele âmbito territorial, teria de estar relacionada à própria natureza da ação. Como a ação seria simples “emanação” (“Ausfluß”) do direito lesado,²⁶⁵ resta evidente que a divisão bipartida, entre ações *in rem* e *in personam*, seria, em princípio, a única aceitável.²⁶⁶

Assim, as *actiones in personam* originar-se-iam de relações jurídicas de direito das obrigações. As *in rem*, por seu turno, segundo a interpretação savignyana das fontes romanas, decorreriam não apenas dos direitos reais, mas também do direito de família e do direito das sucessões.²⁶⁷

Além disso, como regra geral, as ações pessoais dirigir-se-iam sempre contra uma pessoa certa e determinada, antes mesmo da violação do direito, que seria o obrigado. Para as ações reais, ao contrário, como regra geral, seria

Justinianus, debuisset actionem in posteriore significatione acceptam adefinire. Ast ille definitiv eam significatione priore, quod sit *jus perseguendi in judicio quod sibi debetur, pr. Inst. h.t.*, quae definitio duobus naevis laborat. Nam 1) Actio in hoc titulo non est jus, sed medium jus obtinendi. 2) Actione non solum petimus, quod nobis debetur, sed & quod nostrum est. Ergo Justinianus quum definire debuisset actionem generatim, re definitiv speciem actionum, nempe actionem personalem. Ut itaque hos errores emendamus, ita concepimenda erit definitio: *Actio est medium legitimum perseguendi in judicio jura, quae tum in re, tum ad rem cuique competunt.*” (os destaques constam do original).

²⁶⁴ HEINECCIUS, *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum*, cit., § 1128: “Quum ergo actiones IN REM ex jure in re nascantur”; § 1145: “Sequuntur actiones in personam, quae ex *jure ad rem* nascuntur (§ 1127)”; § 1146: “Quum ergo jus ad rem sit facultas, competens personae in personam, ad quiquid praestandum (§ 332), sequitur: 1. ut actiones personales non dentur adversus quem umque possessorem, sed adversus eum, quocum nobis negotium intercessit (...). 2. ut omnis nascantur ex obligatione”. No mesmo sentido, *idem*, *Elementa iuris civilis secundum ordinem pandectarum*, editio prima neapolitana, cura ac studio Caietani Vicentii Rogianii, Neapoli, Typographia paciana, tomus II, 1823, § 385, p. 393-394.

²⁶⁵ A concepção de von Savigny a respeito da ação, retomada também no Capítulo subsequente, prende-se, em última análise, a uma longa jurídica iniciada no período medieval. Com efeito, já na *Summa Trecensis*, composta em meados do séc. XIII, adotava, com base em determinadas passagens do *Corpus Iuris Civilis*, a imagem segundo a qual a obrigação seria a “mãe” da ação (“Mutter-Tochter-Bild”). Nesse sentido, Andreas Kollmann, *Begriffs- und Problemgeschichte*, cit., p. 166-167.

²⁶⁶ VON SAVIGNY, *System*, 5. Bd., cit., § 206, p. 12.

²⁶⁷ VON SAVIGNY, *System*, 5. Bd., cit., § 207, p. 18-23. O autor apoiava-se nas fontes justinianéias, que qualificavam tanto a ação de petição de herança quanto as ações prejudiciais (referentes ao status pessoal, e, por isso concernentes ao direito de família) como ações *in rem*.

comum o fato de poderem nascer contra qualquer um, sendo a determinação conhecida apenas depois de violado o direito.²⁶⁸

Finalmente, na linha da dogmática construída sobre o Direito Romano a partir dos juristas medievais, von Savigny também aceita a qualificação de mistas (*actiones mixtae*) aposta às ações divisórias (*familiae erciscundae, finium regundorum e communi dividundo*).²⁶⁹

5. Os autores portugueses, por seu turno, não criaram novas classificações, limitando-se praticamente à interpretação das fontes romanas, seguindo a linha doutrinária vigente nos domínios do *ius commune*.

Assim, Manuel Álvarez Pêgas, partindo da classificação de Justiniano (a qual considerava suprema, verdadeira e apropriada), ensinava que todas as ações surgiriam ou em razão de contratos, de quase contratos, de malefícios, de quase malefícios, ou em razão do domínio e da posse. As primeiras seriam pessoais (“in personam”), pois por meio delas o autor pretenderia devesse o adversário entregar-lhe alguma coisa ou fazer algo. As outras seriam qualificadas de ações reais (“in rem”), pois por meio delas seria veiculada controvérsia acerca de alguma coisa.²⁷⁰ Mais adiante, a modo de síntese, o autor conclui que, se o direito do agente se encontrasse na própria obrigação, a ação seria pessoal (“actio personalis”); em contrapartida, se o direito não se achasse em obrigação nenhuma, a ação seria pessoal (“actio realis”).²⁷¹

Apesar disso, aceitava também a categoria das ações mistas, bem como as demais divisões encontradas nas *Institutiones* e na dogmática romanística formada a partir da Escola de Bolonha.²⁷²

²⁶⁸ VON SAVIGNY, *System*, 5. Bd., cit., § 208.

²⁶⁹ VON SAVIGNY, *System*, 5. Bd., cit., § 210.

²⁷⁰ MANUEL ALVAREZ PÊGAS, *Tractatus de obligationibus et actionibus*, tomus I, Conimbricæ : Antonii Simoens Ferreyra, MDCCXXXVII, Cap. IX, p. 54: “1. Postquam Justinianus in princip. Inst. de act. definitionem actionis proposuerat, earum summam, veram, & propriam tradidit divisionem (...). 2. Cum etenim omnes actiones competant, vel ratione contractus, vel quasi, vel maleficii, vel quasi, vel ratione dominii, vel quasi, quod quis habet in rem ab alio possessam, vel detentam, ut infra dicemus; priores in personam dantur: quia per alias intendit Actor adversarium sibi aliquid daturum, vel facturum oportere; posteriores vero in rem: quia per eas movet adversario de aliqua re controversiam.”

²⁷¹ PÊGAS, *Tractatus*, cit., Cap. X, p. 55, n. 1: “quando jus agentis reperitur in ipsa obligatione, actio est personalis; quando vero reperitur sine ulla obligatione, est actio realis.”

²⁷² PÊGAS, *Tractatus*, cit., Cap. XI (ações mistas) e XII (ações reais, penais e mistas), p. 67; Cap. XIII (ações pretorianas e civis), p. 69, Cap. XIV (ações pessoais *in rem scriptae*), p. 72; Cap. XV (ações *bonae fidei* e *stricti iuris*), p. 73; Cap. XVI (ações diretas e úteis), p. 74; Cap. XVIII (ações arbitrárias), p. 75; Cap. XIX (ações universais, gerais e particulares).

Pascoal José de Mello Freire inicia sua abordagem, esclarecendo considerar a ação como meio de perseguir o direito em juízo²⁷³, divide as ações em prejudiciais, reais, pessoais e mistas²⁷⁴. As primeiras decorreriam do *ius personarum*, destinando-se a afirmar ou negar certa condição pessoal (*status*).²⁷⁵ As segundas defluiriam do *ius in re*, dirigindo-se à coisa²⁷⁶, ao passo que as terceiras, estando fundamentadas na obrigação (*ius ad rem*), voltar-se-iam à pessoa do devedor²⁷⁷. Finalmente, as ações da última classe (integrada pelos juízos divisórios) reuniriam elementos próprios dos direitos reais e dos direitos pessoais, o que justificaria o seu caráter misto.²⁷⁸

M. A. Coelho da Rocha, por sua vez, dividia as ações (também tomadas no sentido de meio de perseguir os direito em juízo)²⁷⁹ em prejudiciais, reais, e pessoais. De acentuar que as reais, por decorrem do *ius in re* e que, dar-se-iam contra quaisquer possuidores, ao passo que as reais, no *ius ad rem* (obrigação), somente podem ser intentadas contra os que se obrigaram e seus sucessores, não contra terceiros.²⁸⁰

²⁷³ PASCOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani cum publici tum privati*, Conimbricæ, Typis academicis, 5. ed., liber IV, 1860, tit. VI, § I, p. 62: “Actiones no hic adcipimus non tamquam jura, quae nobis competunt, sed tamquam medium jus nostrum in judicio prosequendi, quo sensu ad tertium juris objectum referuntur”.

²⁷⁴ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, cit., tit. VI, § VI, p. 63: “Quia vero actionibus prosequimur vel jura *personarum*, vel *in re*, vel *ad rem* dicta, consequens est, ut actiones aliae sint *prajudiciales*, quibus de statu hominum disceptatur (...); aliae *in rem*, quae *vindicationes* dicuntur; aliae *in personam*, quae *condiciones* adpellantur (...); et aliae denique *mixtae*, quae ex utroque jure nascuntur. Et haec prima, et praecipua est actionum divisio, Ord. lib. 3, tit. 15, in princip. ibi: *qualquer aução pessoal, ou real ou de qualquer qualidade*, et tit. 11, § 4, ibi: *sobre o stado de sua pessoa*.”

²⁷⁵ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, cit., tit. VI, § VII, p. 63: “Cum actiones *praepjudiciales* dicantur, quae ex jure *personarum* descendunt, et de statu agunt”; p. 64: “Praepjudiciales vel ad *adserendum*, vel ad *negandum* statum instituuntur: eis namque actor statum suum vel contra negantem adserit, vel ab alterius oppugnatione defendit”

²⁷⁶ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, cit., tit. VI, § VIII, p. 64: “Ex jure *in re* oriuntur *actiones reales*”.

²⁷⁷ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, cit., tit. VI, § XIX, p. 70: “Progredimur ad *actiones personales*, quae ex obligatione personae, quae illarum utique fundamentum est, oriuntur.”

²⁷⁸ MELLO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, cit., tit. VI, § XXIV, p. 73: “Dantur etiam actiones *mixtae*, ita dictae, quia ex jure *in re*, et *ad rem* participant; adeoque vel *reales*, vel *personales* esse possunt, uti sunt judicia divisoria *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, et *finium regundorum*; quae et in jure *in re* veluti hereditario fundamentum habent, et in jure *ad rem*, seu obligatione, quae ex quasi contractu, id est, ex facto administrationes resultant, et hac ratione personales praestationes continent.”

²⁷⁹ M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, Coimbra : Livraria Clássica, 7. ed., tomo I, 1907, § 171, p. 116: “Os direitos tornam-se effectivos por meio das Acções. Acção neste sentido é o meio de prosequir em juizo os nossos direitos, ou, o que val o mesmo, de exigir o complemento das obrigações correspondentes a esse direito.”

²⁸⁰ *Ibidem*.

Na mesma linha, José Homem Corrêa Telles, acrescentando classe das ações mistas, que seriam as de partilha de herança ou de coisas comuns e a de requerer demarcação.²⁸¹

6. Teixeira de Freitas parece ter sido o primeiro jurista do âmbito luso-brasileiro a conferir à classificação das ações um tratamento científico, conquanto ainda estivesse limitado ao horizonte dos direitos de que elas se originam.

Na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, parte da diferenciação entre os distintos tipos de direitos subjetivos. Do ponto de vista *extensivo*, em termos do que se reconheceria hoje como reflexão típica de Teoria Geral do Direito, mostra ser necessário distinguir os *direitos absolutos*, cujo dever correspondente compete a todos (*erga omnes*), dos *direitos relativos*, cujos deveres atingem pessoas certas e determinadas. Após, atentando à respectiva *compreensão*, isto é, ao objeto do direito, concentra-se na diferenciação entre os *direitos pessoais* e os *direitos reais*, os únicos que entrariam na esfera da Legislação Civil, ao passo que a proteção da maior parte dos absolutos competiria às Leis Criminais e Administrativas.

Como as ações (no sentido das fontes romanas) seriam decorrência dos direitos subjetivos, não poderia haver outras, na esfera das relações civis, que não as pessoais e as reais, em perfeita simetria dos direitos dos quais se originam.²⁸² Estas estariam ligadas ao direito real violado, ao passo que as primeiras resultariam da violação a direito pessoal. Os interditos possessórios, por seu turno, seriam verdadeiras ações pessoais possessórias, pois implicariam agressão à própria pessoa, não à coisa.²⁸³

²⁸¹ J. H. CORRÊA TELLES, Manual do processo civil : suplemento ao Digesto Portuguez, Coimbra : Imprensa da Universidade, 2. ed., 1844, § 95, p. 39: "A acção do autor, se tira sua origem da qualidade ou estado da pessoa, é prejudicial. Se da obrigação pessoal do réo, ou esta provenha de contrato, quasi-contrato, delicto, ou quasi-delicto, a acção é pessoal. Se o jus in re, qual se reputa ser o dominio, o direito de servidão predial, o direito de herdar, e o direito de penhor ou hypoteca, a acção é real."

²⁸² TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro : Garnier, 3. ed., 1876, p. CLXIX-CLXX: "Dissipem-se as idéas tradicionaes, medite-se livremente sobre a natureza dos direitos, appliquem-se os principios precedentemente fixados; e ver-se-ha, abandonando como tem sido o processo formulario dos Romanos, que não ha outras acções possiveis , na esphera do Direito Civil propriamente dito, senão as *acções reaes* e as *acções pessoaes*, que precisamente correspondem ás duas grandes categorias dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*."

²⁸³ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, cit., p. CLXX.

O jurisconsulto do Império ainda rechaça as categorias das ações pessoais *in rem scriptae* e das ações mistas, considerando-as verdadeiro absurdo. De fato, as hipóteses concretas a que tais categorias se referem ocultariam verdadeiros complexos de direitos pessoais e reais, devendo ser enquadradas em uma ou outra espécie da ação de acordo com o direito predominante.²⁸⁴

7. Francisco de Paula Baptista, na rubrica “Summa divisão das acções” de seu *Compendio de theoria e pratica do processo civil*, assumindo atitude claramente sincrética, formulou uma classificação quadripartida das ações, conforme o elemento de que derivam: prejudiciais, se decorrem do estado das pessoas; reais, se provêm do direito real (direito absoluto resultante da propriedade); pessoais, se defluem dos direitos pessoais (direitos relativos resultantes de obrigações), e mistas, se derivam ao mesmo tempo do direito real e pessoal.²⁸⁵

João Monteiro, por sua vez, identificou três acepções do termo ação: subjetiva, objetiva e formal. Na primeira, ação significaria “o próprio direito reagindo contra a acção contrária de terceiro” ou “a faculdade de defender judicialmente o direito atacado”.²⁸⁶ Na acepção objetiva, a ação consistiria no próprio “ato da defesa judicial”, o exercício fático do direito de demandar; na

²⁸⁴ TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, cit., p. CLXXI-CLXXII “Esta aliança ou mistura de *realidade* e *personalidade* não pôde ser compreendida, uma vez que os dois caracteres, que constituem de um lado o *direito real*, e do outro lado o *direito pessoal*, são entre si contrários, e incompatíveis. A situação possível, e muito frequente, é só a da pessoa, que tem ao mesmo tempo, em relação á um objecto, um direito de *propriedade*, e também um direito de *credito*: e debaixo deste ponto de vista unicamente é que poder-se-ha dizer, que existem *acções mixtas* ou *pessoais in rem scriptae*. Medidas as diferentes hypotheses dessas acções assim denominadas, chega-se á conhecer, que nellas se contém, não um só direito, ou uma só acção, cujo character seja duplo e complexo; mas na realidade dois direitos, e duas acções, que simultaneamente, pertencem á mesma pessoa em relação á mesma cousa. O character principal, e essencial, do direito deve ser o predominante, e este determina a natureza da acção.”

²⁸⁵ FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica para uso das faculdades de Direito do Brasil*, Rio de Janeiro : Garnier, 7. ed., 1907, § 8, p. 14. Outras divisões são analisadas no § 28, p. 36-37. Quase idêntica a posição de Antonio Luiz da Câmara Leal (*Theoria e pratica das acções*, São Paulo : Livraria Acadêmica, 1923, p. 20), com o diferencial de acrescentar ao esquema uma quarta classe, a das “acções *in rem scriptae*”.

²⁸⁶ JOÃO MONTEIRO, *Direito das acções*, São Paulo : Typographia Duprat & Comp., 1905, n. 6, p. 24.

acepção formal identificar-se-ia com “o modo pratico desta defesa”, conforme determinado pelas leis processuais.²⁸⁷

A originalidade desse último autor está em vincular as várias classes de ações aos distintos sentidos do termo. Assim, do ponto de vista subjetivo, as ações poderiam ser classificadas em função, respectivamente, do elemento gerador (prejudiciais, pessoais, reais e mistas), do resultado (reipersecutórias, penais, mistas), do objeto (móveis e imóveis, pessoais e petitórias, principais ou acessórias, preparatórias, preventivas, conexas, incidentes). Finalmente, no sentido objetivo, a distinção seria entre ações ordinárias, sumárias, sumaríssimas e executivas.²⁸⁸

Como se vê, ainda que curiosamente interessante, a visão de João Monteiro reflete profunda confusão entre ação, procedimento e processo.

1.2. Doutrina processual europeia na fase dita científica

1. A doutrina processual europeia, no séc. XIX, mesmo em sua fase dita “científica”, não se libertou da tendência de definir e classificar ações. Provavelmente essa atitude poderia ser atribuída ao enorme peso que a teoria civilista acumulou ao longo dos séculos, o qual se fez sentir ainda claramente na polêmica travada entre Windscheid e Muther acerca do conceito de ação.

2. Assim, Adolf Wach, o principal expoente da dogmática processual civil alemã do final do séc. XIX, ainda dirige boa parte de seus esforços à solução da intrincada problemática. Segundo seu conhecido pensamento, a ação não se identificaria com o direito subjetivo (como advogou von Savigny) nem seria decorrência dele (na linha de Windscheid e Muther), mas seria identificável como pretensão (“Anspruch”, no sentido windscheidiano), isto é, como um poder de exigir certa conduta de outrem.²⁸⁹ O processualista alemão denominou-a “pretensão à tutela jurídica” (*Rechtsschutzanspruch*),

²⁸⁷ JOÃO MONTEIRO, *Direito das acções*, cit., n. 6, p. 24. Cf. também o *Programa do curso de Processo Civil*, São Paulo, Typographia Academica, 5. ed., 1936, §§ 13-20, p. 74-85.

²⁸⁸ JOÃO MONTEIRO, *Direito das acções*, cit., n. 7, p. 26-27.

²⁸⁹ ADOLF WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig : Duncker & Humblot, 1885, § 2, IV, p. 19. Para o conceito de pretensão, cf. BERNHARD WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M. : Büttner & Loening, vol. 1, 7. ed., 1891, § 42.

pretendendo significar com isso a possibilidade de exigir do juiz a proteção estatal mediante a entrega de sentença favorável ou atos de execução.²⁹⁰ A partir disso, dividiu as ações em declaratórias (positivas ou negativas) e condenatórias.²⁹¹

Além das ações, Wach dedicou-se também à classificação das sentenças de procedência, principal instrumento da tutela jurídica no âmbito do processo de conhecimento, classificando-as, de forma semelhante, em declaratórias e condenatórias. Wach identificou ainda uma terceira classe, a que não conferiu denominação específica, composta pelos provimentos judiciais que operam à realização do efeito pretendido pelo autor simplesmente com o trânsito em julgado, sem a prática de atos de execução, mais tarde identificada pela doutrina como sentenças constitutivas.²⁹²

3. Segundo Pontes de Miranda, Paul Langheineken (*Der Urteilsanspruch*) teria sido o principal teórico da ação e da sentença constitutiva.²⁹³ Na monografia clássica do final do séc. XIX²⁹⁴, este fixou conceitualmente aquela classe de pretensões e de ações já percebida superficialmente por Wach, denominando-as, respectivamente, *pretensões, ações e sentenças de*

²⁹⁰ Vale recordar que Wach distingue (*Handbuch*, cit., p. 22) a faculdade jurídica de demandar, concedida a todos (= *res merae facultatis*, cujo exercício não está nem proibido nem comandado), do verdadeiro direito de ação, ou pretensão à tutela jurídica, que é o poder de exigir do juiz uma sentença favorável ou a prática de atos de execução, titulada apenas por quem move uma demanda procedente (fundada, “begründet”). De acentuar que a expressão “*res merae facultatis*” (“questão de mera faculdade”) já se encontra na linguagem filosófica de Kant (*Die Metaphysik der Sitten*, Stuttgart : Reclam, 1990, Einleitung, IV, p. 58), designando uma conduta moralmente indiferente, isto é, nem boa, nem ruim; nem proibida nem comandada. Assim pode-se entender o exercício dessa faculdade: simples permissão jurídica, cujo exercício se encontra destituído de carga valorativa. Daí decorre a concepção da demanda como mero *fato* autorizado pelo Direito e a impossibilidade de cogitar de uso “indevido” do direito de demandar, na senda do que deixava transparecer a argumentação dos partidários da chamada “teoria civilista” da ação.

²⁹¹ WACH, *Handbuch*, cit., p. 13-14.

²⁹² WACH, *Handbuch*, cit., p. 12 (“oder sie ist endlich der sofort den beanspruchten Erfolg ohne Vollstreckungshandlung mit der Eintritt der Rechtskraft herstellende Anspruch”). Como recorda J. C. Barbosa Moreira (“Questões novas e velhas em matéria de classificação das sentenças”, in: *Temas de Direito Processual Civil (Oitava Série)*, São Paulo : Saraiva, 2004, p. 125-142, esp. p. 125), essa terceira classe “corresponderia aos casos em que se cuidava de simples regulamentação jurídica, sem alteração fática: entre os exemplos, apontavam-se o divórcio, a anulação de uma decisão arbitral, a dissolução de uma cooperativa”.

²⁹³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, São Paulo : RT, tomo III, 1972, § 1, n. 1, p. 4. Clóvis V. do Couto e Silva (*A teoria das ações em Pontes de Miranda*, AJURIS, 43(1988):69-78) atribui a Schrutka von Rechtenstamm (*Grünhuts Zeitschrift*, 16(1889):17 *et seq.* – obra não relacionada por Pontes na “Bibliografia” do tomo XVII dos *Comentários ao CPC/1973*) – o estabelecimento das ações constitutivas como classe autônoma.

²⁹⁴ LANGHEINEKEN, Paul, *Der Urteilsanspruch*, Leipzig : Wilhelm Engelmann, 1899.

realização (ou constituição), “Bewirkungsansprüche”, “Bewirkungsklagen” e “Bewirkungsurteile”.²⁹⁵

A pretensão à constituição seria verdadeiro *direito* dirigido contra o Estado, visando à total ou parcial extinção, modificação ou constituição de um estado jurídico (ou de eficácia dele decorrente), através de sentença judicial.²⁹⁶ Essencial é ressaltar que, para o processualista alemão, trata-se de um *direito subjetivo processual*. Isso significa que não existiria pretensão ou ação (de direito) material à constituição.

4. Como sucedeu aos demais autores, também a atenção de Konrad Hellwig dirige-se à problemática da ação. Aceita o direito de ação (“Klagerecht”) como pretensão à tutela jurídica, distinguindo-o da mera possibilidade de demandar (“Klagemöglichkeit”). Aquela seria concreta, conferida apenas a quem tem razão; esta, em contrapartida, seria outorgada a todos, mesmo ao autor cuja demanda fosse improcedente.²⁹⁷

Esse autor parte da divisão tripartida como um dado científico já assentado, ocupando-se apenas em determinar as peculiaridades da ação – especialmente os pressupostos para a tutela jurídica (sempre no sentido de decisão favorável) – em cada uma de suas modalidades.

Assim, ação condenatória teria como resultado uma ordem judicial para que o réu cumpra determinada prestação; pressuporia vínculo jurídico de direito civil existente entre as partes.²⁹⁸ A ação constitutiva (“Klage auf Rechtsänderung”) seria aquela que visa a uma sentença por meio da qual o juiz realizaria uma modificação da situação jurídica privada; tendo como pressuposto um direito subjetivo (material) à constituição.²⁹⁹ A ação declaratória, finalmente, seria concedida pelo Direito Processual a quem quer

²⁹⁵ LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 220, 227 e 230-231.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1912, Aalen : Scientia, Teil 1 (Ordentliches Verfahren, ausschließlich besondere Prozeßarten und Zwangsvollstreckung), 1980, § 97, p. 246; § 98, p. 247.

²⁹⁸ HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig : Deichert (Gerog Böhme), 1. Band, 1903, § 57, p. 368: “Die Verurteilung zu einer Leistung ist der Befehl, die Verpflichtung zu ihr zu erfüllen, sie setzt also die Existenz einer (civilistischen) Verbindlichkeit voraus”.

²⁹⁹ HELLWIG, *System*, 1. Teil, cit., § 105, p. 273-274; *idem*, *Lehrbuch*, 1. Bd., cit., § 61, p. 393-394.

que ostentasse interesse na declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, com força de coisa julgada.³⁰⁰

Dessas três classes de ações deduzir-se-iam os três tipos de sentenças, que realizariam, respectivamente, a condenação à satisfação da pretensão de direito material invocada em juízo (“Verurteilung”); a modificação jurídica (“Rechtsänderung”), obtida em razão do direito formativo de titularidade do autor; a mera declaração (“blosse Feststellung”) da existência ou inexistência de determinada relação jurídica.³⁰¹

Vale acentuar, nos termos precisos de Barbosa Moreira, a sentença condenatória distinguir-se-ia das demais “por conter uma *ordem*, ou antes duas, uma dirigida ao réu, no sentido de realizar a prestação, outra endereçada ao órgão da execução, ao qual atribuía o dever de executar (*die Pflicht zur Zwangsvollstreckung*).”³⁰²

5. Ao contrário da generalidade dos processualistas germânicos, Wilhelm Kisch (*Beiträge zur Urteilslehre*) interessou-se mais pela classificação das sentenças do que pela classificação das ações.

Na obra em questão, divide as sentenças em dois grupos, distinguindo as chamadas “sentenças constatativas” (“konstatierende Urteile”) das “sentenças constitutivas” (“konstitutive Urteile”). As primeiras teriam função declarativa (em sentido amplo), no sentido de conduzirem à confirmação ou negação judicial de uma relação juridicamente relevante (“Rechtsbeziehung”), de uma pretensão (de direito material, no sentido do § 194 do BGB), de uma verdadeira relação jurídica (“Rechtsverhältnis”) ou mesmo de um simples fato (a exemplo da falsidade de documento).³⁰³ Compreendem, assim, as sentenças declaratórias e condenatórias.

Rejeita, porém, a idéia de que a condenação implicaria a existência de uma ordem (“Befehl”), preferindo compreendê-la como declaração da

³⁰⁰ HELLWIG, *Lehrbuch*, 1. Bd., cit., § 58, p. 379.

³⁰¹ HELLWIG, *System*, 1. Teil, cit., § 97, p. 244.

³⁰² BARBOSA MOREIRA, *Questões velhas e novas*, cit., p. 126.

³⁰³ WILHELM KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1903, Aalen : Scientia, 1969, p. 14.

pretensão (material) – declaração esta que seria o ponto de partida para a satisfação da pretensão por meio de futuro processo executivo.³⁰⁴

A distinção prática entre esses dois tipos de sentença estaria em que a condenatória teria por fito a *satisfação* da pretensão, ao passo que a meramente declaratória restringir-se-ia a sua *confirmação* em juízo. Justamente por isso, as sentenças declarativas se esgotariam com o trânsito em julgado, ao passo que as condenatórias requereriam a execução da pretensão declarada, isto é, sua realização por intermédio da coação estatal.³⁰⁵

Apesar disso, o autor insiste em que a distinção verdadeira entre ambas não se daria pela função, mas pelo respectivo objeto: as primeiras implicariam declaração acerca de fatos ou relações jurídicas, enquanto as segundas se dirigiriam apenas a pretensões.³⁰⁶

As sentenças ditas constitutivas, por seu turno, operariam a alteração da situação jurídica pré-processual como consequência regular e imediata de seu trânsito em julgado.³⁰⁷

6. O tema da classificação das sentenças parece ter despertado maior interesse nos juristas italianos. Nesse sentido, Giuseppe Chiovenda, embora compartilhe em um certo sentido da postura concretista da Wach no que tange ao conceito de ação (que, para ele, seria um direito potestativo ao invés de uma pretensão)³⁰⁸, no sentido de concedê-la apenas a quem tem razão, ocupou-se também da classificação das distintas formas de atuação da vontade concreta da lei, entre as quais coloca a prolação de sentenças favoráveis.

³⁰⁴ KISCH, *Beiträge*, cit., p. 15-16: “Das objektive Recht erblickt den begrifflichen, immanenten Zweck des Leistungsurteiles gerade darin, dass dieses dem Berechtigten die Befriedigung seines Anspruchs gewährleisten soll. Die Verurteilungsklage lässt also den Anspruch zu dem Behuf feststellen, um seine Verwirklichung herbeizuführen. Dagegen bildet bei dem Feststellungsurteil, welches den Anspruch zum Gegenstande hat, lediglich die Konstatierung jenes Anspruchs das Ziel des Prozesses und den Inhalt der Entscheidung” (o destaque consta do original); *idem*, *Deutsches Zivilprozeßrecht*, Berlin : Walter de Gruyter & Co., 1929-1934, 2. Bd., § 13, p. 51: “die Klage auf Verurteilung erstrebt aber ein Doppeltes: Feststellung des Anspruchs und Möglichkeit seiner Vollstreckung”.

³⁰⁵ KISCH, *Beiträge*, cit., p. 18.

³⁰⁶ KISCH, *Beiträge*, cit., p. 22.

³⁰⁷ KISCH, *Beiträge*, cit., p. 48: “können wir das Konstitutivurteil als dasjenige Urteil definieren, welches die vorher gegebene Rechtslage in irgend einer nicht schon durch die Rechtskraft gegebenen Beziehung bestimmungsgemäss und unmittelbar ausgestaltet”.

³⁰⁸ GIUSEPPE CHIOVENDA, “L’azione nel sistema dei diritti”, in: *Saggi di diritto processuale civile*, Milano : Giuffrè, 1993, vol. 1, p. 3-99, n. 8, p. 15-17; n. 12-13, p. 23-24.

Nas *Istituzioni*, distingue inicialmente entre ações de cognição (que poderiam ser de condenação, constitutivas ou meramente declaratórias), ações sumárias, ações assecuratórias e ações executórias.³⁰⁹ A matéria da classificação, todavia, é mais amplamente desenvolvida sistematicamente na parte consagrada ao estudo da atuação da vontade concreta da lei.

A primeira forma possível dessa atuação seria por meio da cognição judicial, isto é, por sentença. Chiovenda, mesmo proclamando que todas as sentenças de procedência seriam declaratórias, pois “não criam, mas se limitam a declarar existente uma vontade concreta da lei que garante um bem ao autor” e “atuam um direito preexistente”,³¹⁰ termina por aceitar a classificação tripartida das sentenças.³¹¹

Nesse sentido, considera que a sentença condenatória não teria por função apenas declarar a vontade concreta da lei, como as demais, mas estaria dirigida, essencialmente, a produzir a ação executiva.

Por outro lado, identifica como essencial à sentença constitutiva “a produção de um estado jurídico que, antes da sentença, não existia”.³¹² Ou seja, tais decisões judiciais, além de declararem a vontade concreta da lei, também realizam determinada mudança jurídica. As ações constitutivas, a elas relacionadas, ligam-se aos direitos potestativos, que não se destinam a obter do réu prestação alguma, mas põe o sujeito passivo em estado de sujeição.

Finalmente, a sentença declaratória teria por fito produzir a certeza jurídica, distinguindo-se das demais por não assegurar ao autor realização de uma prestação ou efetivação de modificação no estado jurídico pré-processual.³¹³ Sentença declaratória seria apenas declaratória, ao passo que as constitutivas e condenatórias acrescentam algo mais à declaração.

7. Como último marco no tratamento do tema classificatório (tratamento que não pretende ser exaustivo), pode-se apontar o pensamento original de

³⁰⁹ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman, São Paulo : Saraiva, vol. 1, 2. ed., com introdução de Alfredo Buzaid, 1965, n. 10, p. 34-36.

³¹⁰ CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, cit., n. 51, p. 194.

³¹¹ CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, cit., n. 42, p. 182-183.

³¹² CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, cit., n. 53.

³¹³ CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, cit., n. 59.

Francesco Carnelutti, o qual vinculou a classificação tripartida aos diferentes processos de cognição.

Dentro do seu peculiar e conhecido esquema conceitual, Carnelutti distinguiu as funções de conhecimento e execução com base nos diferentes tipos de lide que os respectivos processos se destinam a compor. Assim, os processos com função cognitiva teriam por objeto as lides de pretensão contestada; os de função executiva, dirigir-se-iam às lides caracterizadas pela existência de pretensão insatisfeita.³¹⁴

A cognição conduziria sempre à declaração (“accertamento”), isto é, à verificação dos dados de direito e de fato relevantes para uma relação jurídica.³¹⁵ Daí a distinção entre os processos de mera declaração (“mero accertamento”), de constituição (“accertamento costitutivo”) e de condenação.

Os primeiros se caracterizariam pelo fato de que a existência efetiva da relação jurídica declarada pelo juiz independe da declaração mesma. Nos segundos, ao contrário, a declaração judicial seria constitutiva da própria relação declarada. Finalmente, haveria condenação quando a relação jurídica declarada consistisse em uma responsabilidade, isto é, no estado de sujeição ao poder de aplicação de determinada sanção, seja ela a restituição, o ressarcimento ou uma pena.³¹⁶

8. Piero Calamandrei propõe a classificação dos provimentos jurisdicionais pelos efeitos que operam sobre o direito material, em provimentos de cognição ou declaratórios em sentido amplo (abarcando os de declaração em sentido restrito – declaração de mera certeza –, constitutivos e de condenação) e os de execução forçada.³¹⁷ Quanto às ações, a classificação mais relevante seria a que leva em conta o respectivo objeto imediato, i. e., a providência jurisdicional pleiteada, permitindo distinguir, principalmente, as ações declarativas (de

³¹⁴ FRANCESCO CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma : Foro italiano, 5. ed., 1956, vol. 1, n. 29, p. 28. De ressaltar que Carnelutti toma o conceito de pretensão em sentido diverso da dogmática alemã que seguiu a formulação windscheidiana consagrada no BGB e de Pontes de Miranda, definindo-a como ato de exigir a subordinação do interesse alheio ao próprio; ato, não poder; algo que se faz, não algo que se tem (*Istituzioni*, cit., n. 8, p. 8). Cf. OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição, direito material e processo*, cit., p. 19-28, *passim*.

³¹⁵ CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., n. 32, p. 32.

³¹⁶ CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., n. 33-35, p. 34-36.

³¹⁷ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, in: *Opere giuridiche*, Napoli : Morano, 1970, vol. 4, § 27, p. 96-97.

declaração, de mera certeza, constitutivas e de condenação), as executivas e as cautelares.³¹⁸

Assim também Enrico Tullio Liebman, entendendo que as diversas ações de conhecimento se distinguem umas das outras pelo tipo de sentença requerido pelo demandante, obtendo-se as três categorias já estudadas (ações de declaração [accertamento], de condenação [condanna] e constitutivas [costitutive]).³¹⁹ O critério distintivo estaria, portanto, no *efeito* da sentença correspondente ao tipo de ação.³²⁰

Finalmente, há quem proponha enquadrar as três categorias em questão como formas de tutela jurisdicional. É o caso de Francesco P. Luiso, Luigi Montesano e Giovanni Arieta.³²¹

9. Como se vê, a doutrina do início do séc. XX praticamente não dedicou a atenção devida ao tema da classificação das sentenças, preferindo, muitas vezes, restringir-se às ações e aos esquemas tradicionais, distinguindo apenas entre declaração, constituição e condenação.

Não se apercebeu também da especificidade das decisões por meio das quais o juiz dirige determinada ordem para alguma das partes (confundida pela doutrina italiana com as sentenças condenatórias), visto prevalecer a idéia de que a condenação “declara” ou “impõe” uma prestação ao devedor.

2. Visões que reconhecem a mandamentalidade

Em primeiro lugar, cumpre proceder à análise do pensamento dos autores europeus Georg Kuttner (a quem se atribui o isolamento da mandamentalidade) e James Goldschmidt (único autor alemão de nomeada a

³¹⁸ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., § 40, p. 149. Na mesma linha, VIRGILIO ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli : Jovene, vol. 1, 1973, n. 50, p. 257-258; MARCO TULLIO ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, vol. 1, Milano : Giuffrè, 4. ed., 1947, p. 112; UGO ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino : UTET, 1964, vol. 1, p. 280; SALVATORE SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova : CEDAM, nona edizione a cura di Carmine Punzi, 1981, n. 75, p. 131 e n. 150, p. 264.

³¹⁹ LIEBMAN, *Manuale*, cit., n. 82, p. 169.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ FRANCESCO P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano : Giuffrè, vol. 1, 3. ed., 2000, p. 10-21; LUIGI MONTESANO; GIOVANNI ARIETA, *Diritto processuale civile*, Torino : Giappichelli, vol. II, 3. ed., 1999, p. 6.

aceitar a categoria). Em segundo lugar, deve-se voltar a atenção para a formulação de Pontes de Miranda, jurista que conferiu os contornos definitivos à categoria, tendo em conta principalmente a realidade brasileira. Em terceiro lugar, impõe-se o exame das principais teorias defendidas por autores nacionais, contra e a favor das ações e sentenças mandamentais.

2.1. Georg Kuttner e James Goldschmidt

1. Kuttner foi o primeiro jurista a considerar as sentenças que contêm ordens estranhas ao pedido, dirigidas a funcionários estatais distintos do juiz, como uma quarta classe, ao lado das já reconhecidas sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias.

Como escreve J. C. Barbosa Moreira, *“não era Kuttner movido por interesse específico na questão da classificação das sentenças, e ainda menos na das ações”*. Seu objeto de investigação, prossegue o jurista fluminense, *“eram os efeitos produzidos pelas sentenças civis em face de outros órgãos estatais – do próprio Poder Judiciário ou da Administração Pública”*.³²²

Kuttner definiu da seguinte maneira a nova classe de sentenças:

“Por *Anordnungsurteile* entendem-se neste trabalho as sentenças em que o juiz, sem proferir decisão com força de coisa julgada sobre a própria relação jurídica básica de direito privado, dirige imediatamente a outro órgão estatal, a uma autoridade pública ou a um funcionário público a ordem determinada de praticar ou omitir um ato oficial, mais precisamente designado na sentença e contido no âmbito das atribuições desse órgão, e isso mediante requerimento especial e novo da parte vencedora.”³²³

³²² BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental : Da Alemanha ao Brasil*, RePro, 97(jan.-mar./2000):251-264, esp. p. 252.

³²³ BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental*, cit., p. 253; GEORG KUTTNER, *teilstwirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, Neudruck der Ausgabe München 1914, Aalen : Scientia, 1971, p. 22: “Unter Anordnungsurteile versteht diese Abhandlung solche Urteile, in denen der Prozeßrichter, ohne über das zugrunde liegende privatrechtliche Rechtsverhältnis selbst eine rechtskräftige Entscheidung zu treffen, unmittelbar an die Adresse eines anderen Staatsorgans, eines öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, die bestimmte Anordnung richtet, eine im Urteil näher bezeichnete, in den Bereich der Amtsbefugnisse dieses Staatsorgans fallende Amtshandlung vorzunehmen oder zu unterlassen, und zwar auf besonderes, neues Verlangen der siegreichen Prozeßpartei.”

Desta conceituação destacam-se vários aspectos relevantes. Primeiramente, a qualidade pública do destinatário, que não seria pessoa privada, mas teria de se identificar algum órgão estatal, autoridade pública ou funcionário público. E não apenas os órgãos encarregados da execução forçada ou do procedimento concursal, mas também aos responsáveis pela jurisdição voluntária, à administração pública e aos funcionários da justiça criminal (“Strafrechtspflege”).³²⁴

Em segundo lugar, Kuttner erigiu ao nível de traço essencial da categoria a nota de que essa sentença não importaria solução direta ao conflito de direito privado subjacente nem produziria, nesse aspecto, coisa julgada material. Finalmente, tais determinações dependeriam, necessariamente, de novo requerimento da parte interessada.

Como exemplos principais, alinha Kuttner os equivalentes germânicos dos embargos de terceiro (*Widerspruchsklage* ou *Exekutionsinterventionsklage*) dos embargos do executado (*Vollstreckungsgegenklage*).³²⁵ Cita ainda, como exemplos de “Anordnungsurteile”, certas hipóteses do Direito Francês, como a determinação para retificação de um ato de estado civil (*Code civil*, art. 99-101 e *Code de procédure civile*, art. 855-858) e a sentença que ordena o cancelamento de hipoteca judiciária (*Code civil*, arts. 2157-2161 e *Code de procédure civile*, art. 548).³²⁶

2. Como já dito, James Goldschmidt foi o único autor europeu de primeira plana a aderir à sugestão de Kuttner.³²⁷ Ocorre que, diferentemente desse último jurista, o interesse de Goldschmidt voltou-se para a ação. Com efeito, ela, não a sentença, é que seria qualificada como “mandamental” (“Anordnungsklage”). Sua atitude inicial, como recorda Barbosa Moreira,³²⁸ se deu no sentido de assimilar as ações condenatórias a essa nova classe. De fato, na condenação não haveria propriamente ordem de pagamento dirigida ao

³²⁴ KUTTNER, *Urteilswirkungen*, cit., p. 38.

³²⁵ KUTTNER, *Urteilswirkungen*, cit., p. 22.

³²⁶ KUTTNER, *Urteilswirkungen*, cit., p. 23.

³²⁷ BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental*, cit., p. 254.

³²⁸ BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental*, cit., p. 254.

devedor, mas, consubstanciado no título executivo, mandamento destinado aos órgãos estatais, determinando a prática dos atos executivos.³²⁹

2.2. Pontes de Miranda

Apesar de a categoria das sentenças mandamentais ter sido cunhada na Alemanha, por Kuttner, seu grande teórico, sem sombra de dúvida, foi Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. De fato, o jurista brasileiro não se limitou a desenvolver o pensamento do colega europeu, mas utilizando-se de sua percepção, assim como de elementos subministrados pela realidade histórica e presencial do Direito Brasileiro, elaborou doutrina original a respeito do tema. Chegou, assim, a postular a existência de uma quarta classe de não apenas de sentenças judiciais, mas também de ações (na acepção material) mandamentais.

Como é sabido, essa nova classe se integra em uma ampla revisão da sistematização das formas de ações e sentenças levada a cabo por esse doutrinador, conhecida como “classificação eficaz”. Todavia, antes de abordá-la, faz-se necessário um rápido apanhado em relação ao próprio processo de construção científica tanto dessa nova forma de classificação quanto do grupo das ações e sentenças mandamentais.

2.2.1. Análise histórica

1. Pontes de Miranda tratou do tema da classificação das ações já em uma de suas primeiras obras, a *Doutrina das ações*, publicada em 1918. Nessa ocasião, entretanto, permaneceu vinculado aos conceitos tradicionais do *ius commune* e luso-brasileiro, bem como aos seus respectivos autores,

³²⁹ JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1925, Aalen : Scientia, 1986, p. 496, nota n.º 2.615: “Ich übernehme den von Kuttner aufgestellten Begriff der ‘Anordnungsurteile’. Da ich aber das Wesen des Leistungsurteils nicht in einem an den Beklagten gerichteten Leistungsbefehl, sondern in dem Vollstreckungstitel, d. i. in dem an die Vollstreckungsorgane gerichtete Vollstreckungsbefehl sehe (...), so betrachte ich das Leistungsbefehl als eine art der Anordnungsurteile. Ich nehme dementsprechend auch nicht an, daß in den Anordnungsurteilen das zugrunde liegende privatrechtliche Rechtsverhältnis nicht in rechtskräftiger Weise abgeurteilt, sondern als Vorfrage berücksichtigt werde”.

distinguindo apenas entre *ações reais* e *ações pessoais*.³³⁰ O pensamento europeu posterior à segunda metade do século XIX nem sequer é mencionado.

2. A situação se altera sobremaneira com *A acção rescisória*, de 1934. A partir de então, o autor passa a acompanhar a classificação moderna das ações e das sentenças em três classes (declaratórias, constitutivas e condenatórias), invocando autores como Theodor Kipp, Konrad Hellwig, Paul Langheineken e Giuseppe Chiovenda.³³¹ Não há referência aos “pesos de eficácia”, ou ao fato de que as ações e as sentenças não são “puras”.³³² Todavia, ainda afirma, seguindo, ao que parece, o próprio Chiovenda, que nessas três classes não ocorre senão simples *dicção do direito* por parte do juiz (*iurisdictio, dicere ius*). Sob esse ponto de vista, a sentença constitutiva seria “idêntica” às demais sentenças.³³³

3. A consideração dos pesos de eficácia, bem como a própria classificação quinária das ações e das sentenças surgem no primeiro volume da edição original dos *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939), publicado no ano de 1947.³³⁴ No mesmo lugar, o autor sugere que em uma sentença convivem diversos efeitos.

Já no segundo volume dos *Comentários* (1947), observa-se a distinção entre *força* e *efeitos* da sentença.³³⁵ A digressão sobre a sistemática dos Livros I a III do Código de Processo Civil de 1939, encontrada nessa edição dos *Comentários*, mostra-se extremamente relevante, não somente por trazer

³³⁰ JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Doutrina das acções*, edição integral, anotada, de acordo com o Código Civil Brasileiro pelo advogado Dr. Pontes de Miranda, Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, p. 27, nota “b”.

³³¹ PONTES DE MIRANDA, *A acção rescisória*, cit., p. 33-37.

³³² PONTES DE MIRANDA, *A acção rescisória*, cit., p. 37.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1939), 1. ed., tomo I, p. 102: “Investigações da natureza das pretensões e das ações de condenação, de declaração, de constituição, de execução e de mandamento levaram-nos a atitude muito diferente da que se firmara na Europa antes de 1939. Para nós, a ação é de condenação, porque o elemento condenação à prestação aparece mais do que nas outras classes de ações. Provas: a ação de condenação é também declarativa, pois a sentença do juiz, que condena, declara a existência ou a inexistência de relação jurídica, aplica a lei (declaração autoritativa, que de nenhum modo se distingue daquela que se revela na sentença declaratória); constitui, porque se constitui a si-mesma, manda, porque há, no juiz, ineliminável, o mandamento”. Atente-se para o fato de Pontes de Miranda ainda não haver empregado, neste trecho, o adjetivo “mandamental”, preferindo referir-se a “ação de mandamento”.

³³⁵ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1939), 1. ed., vol. 2, cit., p. 344-350.

importante ampliação a respeito da classificação quinária das ações,³³⁶ como também por se tratar de passagem que, desmembrada, será posteriormente adicionada às edições futuras dos próprios *Comentários*, bem como ao *Tratado das ações*.

Nessa doutrina, pautada por afirmações que permaneceram fundamentalmente inalteradas ao longo dos anos e das diversas edições que se sucederam, apenas faltaria a atribuição de um número específico para cada um dos graus eficaciais, que estão indicados somente no sexto e último volume da primeira edição dos *Comentários*, datado do ano de 1949, por meio de símbolos.³³⁷

As denominações “eficácia imediata”, “eficácia mediata” e “eficácia mínima”, assim como a atribuição de números a cada uma das cinco eficácias, em ordem de importância, de forma a se obter a constante “15”, é verificável no *Tratado das ações* e nos *Comentários* ao CPC de 1973.³³⁸

4. A classificação das ações, nos *Comentários* ao CPC, tem em conta apenas as duas eficácias mais relevantes.³³⁹ O estudo exaustivo delas, abarcando, inclusive, as ações de direito público (v. g., ações condenatórias do Direito Penal), é realizado, por seu turno, no *Tratado das ações*.

5. Como se percebe, o pensamento desse grande jurista brasileiro, longe de constituir um todo pronto e acabado, mostra-se fruto de décadas de pesquisa incessante e sujeito a incessantes reformulações. Assim, muito

³³⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1939), 1. ed., vol. 2, cit., p. 431-479; depois, na 2. ed., p. 186-196. Essa era, em verdade, a “Sistemática” a que Pontes de Miranda se referia, no trecho que ainda figura nos *Comentários* ao CPC de 1939 (2. ed., tomo I, cit., p. 97) e de 1973 (tomo I, cit., p. 118). Seria arriscado, portanto, interpretar essa obra como contendo a versão definitiva do pensamento desse autor; trata-se, em verdade, de um quebra-cabeças em que figuram peças parecidas perfeitamente combináveis entre si, oriundas, entretanto, de “jogos” diferentes. Operação difícil, quase geológica ou arqueológica, separar as várias edições que se fundiram na atual e distinguir as afirmações que se referem ao Código de Processo Civil de 1939 das que se referem ao Código de 1973. Como já ressaltado, são redigidas, geralmente, de forma tão fria, tão técnica, tão abstrata, que poderiam ser aplicadas a qualquer legislação do mundo. Talvez esse fosse exatamente o intento da ciência jurídica almejada (e realizada, ao menos em parte) por Pontes de Miranda: produzir proposições universalmente válidas, no tempo e no espaço.

³³⁷ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (1939), 1. ed., vol. 3, parte 2, cit., p. 412. Ao invés de números, estão “*”; assim, a força, que teria peso “5”, vem representada por “*****”.

³³⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., p. 122 *et seq.*, esp. p. 130; *idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, atualização legislativa de Sérgio Bermudes, Rio de Janeiro : Forense, 5. ed., 1997, tomo I, p. 205-212; tomo V, cit., p. 303-309.

³³⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 113.

embora o autor tenha pretendido corrigir-se constantemente, na busca pela forma perfeita de classificação, não se pode considerar tenha a obra sido concluída. Nem se pode pretender, por esse mesmo motivo, bem como pela variedade de escritos que produziu, esteja seu pensamento a respeito do tema isento de contradições, como se verá mais adiante.

2.2.2. Elementos prévios

1. Pontes de Miranda se propôs a classificar principalmente as ações e as sentenças. A ação, convém lembrar, constitui fenômeno do direito material, verdadeiro produto da incidência do Direito sobre os fatos da vida. Em verdade, segundo o pensamento desse autor, o Direito, como processo de adaptação social instituído pelo homem, foi pensado de tal maneira que as suas regras (regras jurídicas) incidam automaticamente sobre os fatos, de modo a quase que “colori-los”, tornando-os fatos jurídicos (juridicização), isto é, fatos dotados de efeitos jurídicos (repercussão no “mundo jurídico”).³⁴⁰ Um desses possíveis efeitos seria a constituição de relações jurídicas.

2. Para Pontes, desta relação poderiam decorrer para seus sujeitos múltiplos estados jurídicos, assim como um feixe de poderes passíveis de serem ou não exercidos. Tudo isso poderia ser distribuído ao longo de três graus principais, passíveis de serem dispostos em seqüência lógica.

3. O primeiro grau de desenvolvimento da relação jurídica seria o da “atributividade”, de que defluem direitos subjetivos e deveres jurídicos. Do ponto de vista dos sujeitos da relação, haveria os estados básicos de sujeito de direito e de deveres.³⁴¹ Vale destacar que o direito, na concepção deste jurista, não constitui poder único, mas um verdadeiro feixe de poderes, cujo exercício depende unicamente da vontade do respectivo titular.³⁴²

4. O segundo grau, que seria o da “exigibilidade”, caracterizar-se-ia pela acentuação conferida à posição do titular do direito em virtude do poder de exigir do outro sujeito da relação o cumprimento do dever, a ele conferido.

³⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro : Borsoi, 3. ed., 1970, tomo I, § 1, n. 3, p. 4.

³⁴¹ A expressão “atributividade” é de Aloysio F. Pereira (*Para uma teoria geral*, cit., p. 72).

³⁴² Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 565, n. 4, p. 236-237; § 566, n. 1, p. 241.

Pontes denomina essa nova faculdade que se integra ao direito subjetivo de pretensão, tendo como contrapartida o dever exigível, chamado de obrigação no sentido próprio do termo.³⁴³ Assim, pretensão seria “a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”; seu correlato seria “um dever ‘premível’ do destinatário dela”, de maneira que “ao ‘posso’ do titular da pretensão corresponde o ‘ser obrigado’ do destinatário”.³⁴⁴

Não se pode descurar que, para o jurista brasileiro, a pretensão é apenas um poder, e, portanto, existe independentemente de seu exercício efetivo. Além disso, é preciso recordar que a satisfação da pretensão, enquanto exigência, se dá por ato do próprio obrigado, prestando aquilo que lhe compete (pagando, fazendo a obra contratada, respeitando a propriedade alheia).

O jurista distinguiu, ainda, as pretensões reais das pretensões pessoais: aquelas, que seriam de Direito das Obrigações, dirigir-se-iam exclusivamente contra o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional; estas, por seu turno, seriam de Direito das Coisas, e estariam dirigidas, “como os direitos de que emanam, contra todos”.³⁴⁵

5. O terceiro grau seria o da “acionabilidade”. Supõe, normalmente, que o exercício da pretensão restou infrutífero, tendo o devedor escolhido não satisfazer sua obrigação.³⁴⁶ Neste caso, surge ao titular do direito um novo poder, denominado ação (no sentido material), que poderia ser visto como a “inflamação” do próprio direito e da pretensão lesados.³⁴⁷

³⁴³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo VI, § 660, n. 1, p. 94.

³⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 615, n. 1, p. 451.

³⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 616, n. 1 e 3, p. 454 e 455.

³⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 623, n. 2, p. 481. Pontes sugere, ainda, a existência de uma segunda classe de ações (materiais), ligadas não à violação da pretensão, mas ao próprio direito subjetivo: “A ação não supõe, *sempre*, violação. Age-se sem que tenha havido ofensa a direito. Supõe-se que se tenha de agir” (*Tratado das ações*, tomo III, cit., p. 6); “Pode ser que a ação seja o único elemento que se refira ao direito, e os casos, que não são raros, provam, por si sós, que a ação pode existir sem a pretensão (ou sem o resto da pretensão). Tal o que ocorre com os direitos formativos, ou sejam geradores, ou modificativos, ou extintivos, se exercíveis por ação (*aliter*, se apenas há pretensão ou se há direito e pretensão à constituição positiva, modificativa ou extintiva)” (*Tratado das ações*, tomo I, cit., § 24, n. 3, p. 115; (os destaques constam dos original). O autor teria corrigido, assim, o trecho paralelo constante do *Tratado de Direito Privado* (cit., tomo V, § 624, n. 3), em que o termo “ação” estava com aspas. De outra forma, se a ação (material) nada tem ver com a “ação” (processual), não se compreenderia a afirmação do *Tratado de Direito Privado*.

³⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 624, n. 4, p. 482.

Ação seria, portanto, o poder de agir para a satisfação do direito violado, sem que se cogite do concurso da vontade do obrigado. A situação que se tem em mente seria a dos atos próprios, característicos da justiça privada. Pontes explicita, todavia, que essa situação, nas sociedades modernas, é excepcional, devendo os credores, em regra, servirem-se da justiça estatal para o exercício da ação.³⁴⁸

6. A ação (no sentido material) deve ser distinguida da “ação” (processual), entendida essa última como exercício da pretensão à tutela jurídica (= poder de exigir do Estado-juiz a aplicação do Direito).³⁴⁹ Assim, pode-se exercer a “ação” (processual) sem que se tenha ação (material).

7. A sentença, por seu turno, situa-se no plano da aplicação do direito. Enquanto a incidência é processo automático, ocorrendo mesmo que não se queira ou nem sequer se perceba, a aplicação judicial tem de ser efetuada pelo Estado, e decorre justamente da necessidade de forçar ao cumprimento daquilo que a incidência das normas determina, quando isso não ocorre voluntariamente.

A sentença, seja qual for sua natureza (processual, de mérito, procedente, improcedente) é vista como ato de entrega, por parte do juiz, da prestação jurisdicional, isto é, da aplicação estatal coativa do direito, postulada pelo autor.³⁵⁰

2.2.3. Classificação eficaz das ações de direito material

³⁴⁸ Existiria ainda um quarto grau, que, à míngua de termo específico, poderia ser chamado de excepcionabilidade, em que estão as exceções de direito material.

³⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 624, n. 4, p. 482: “A ação é inflamação do direito ou da pretensão. ‘Direito de ação’, no sentido privatístico, é expressão que se deve evitar: há ação, se há direito, ainda que de outrem; direito de ação é confusão entre ação e a ligação dela ao direito. A confusão vai mais longe, porque, no direito público, se fala de direito de ação (*Klagrecht*) como direito subjetivo à tutela jurídica, a que corresponde a pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ‘ação’. Ora, deduzindo-se *in iudicium*, há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não há direito à pretensão, nem direito à ação. Direito de ação seria o direito de ‘ação’, direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a ‘ação’”; *idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 105: “A ‘ação’ é o exercício da pretensão à tutela jurídica. E ação, no sentido do direito material, algo mais do que pretensão, – ir contra outra pessoa, o que faria diretamente se ainda houvesse justiça de mão própria”.

³⁵⁰ Efetivamente, na ótica desse processualista brasileiro, a prestação jurisdicional, na sentença sujeita a recurso, é apenas *apresentada*, sendo *definitivamente entregue* somente quando do trânsito em julgado da decisão (PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 46, n. 1, p. 272).

1. De acordo com o pensamento de Pontes de Miranda, as ações são classificadas de acordo com a sentença de procedência.³⁵¹ Exceções notáveis a esse princípio seriam principalmente as sentenças parciais, de cognição sumária, que, por permitirem o reexame da questão em processo de cognição planária (v. g., ação de denegação de mandado de segurança), teriam eficácia menor do que a eficácia da ação.³⁵²

2. Para Pontes de Miranda, as ações e as sentenças não são puras. Não há ação nem sentença que apenas declare, constitua, condene, mande ou execute. As sentenças, assim como as ações, realizam, em maior ou menor grau, todas as cinco potencialidades, por sinal, tidas como irreduzíveis, por ele chamadas de “eficácias”.³⁵³

Considerado o elemento ou eficácia preponderante da sentença de procedência, poder-se-ia classificar a ação material, a ela correspondente, em 5 classes principais, equivalentes justamente às mesmas 5 eficácias que integram o conteúdo de qualquer ação ou sentença.

3. A ação declarativa objetiva preponderantemente a “declaração”, i. e., a *afirmação estatal sobre a existência* (ser) ou *não-existência* (não ser) da *relação jurídica*, de seus efeitos (*direito subjetivo, pretensão, ação, exceção*), e da falsidade de documento.³⁵⁴ É bem de ver que, em relação a essa última

³⁵¹ “A ação é classificada de acordo com aquilo que se espera da sentença, se a ação for julgada procedente” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. XXIX).

³⁵² PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 207: “Quando se classificam as ações pela carga da sentença que se pretende, supõe-se que a sentença seja de integral satisfação, ou que se tenha como sentença a soma das sentenças que se obtém com o exercício da ação. Se a sentença não é em virtude de cognição completa, a ação tem eficácia mais intensa do que a eficácia da sentença, ou devido a lhe faltar força declarativa, ou mesmo eficácia imediata ou mediata de declaração: a declaratividade, que tem, é suscetível de novo exame. Então, a eficácia declarativa é 2 ou 1. Tal o que se passa com a sentença denegatória na ação demandado de segurança, se apenas foi denegado por não ser “certo e líquido” o direito (...). Se a cognição é completa, a eficácia da sentença favorável ou a eficácia da soma das sentenças parciais favoráveis é igual à eficácia da ação.”

³⁵³ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 205.

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 26, n. 2, p. 124: “A ação somente é declaratória porque sua *eficácia maior* é a de declarar. Ação declaratória é ação predominantemente declaratória.” *Idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 143.

modalidade, protege-se não o documento em si, mas a eventual relação jurídica nele retratada.³⁵⁵

Pontes de Miranda é incisivo no tocante ao objeto da declaração: o que se declara é a relação jurídica como um todo, e não o fato jurídico de que ela resulta (incluindo a própria incidência da regra) ou simples relação fática³⁵⁶. Daí poder-se declarar o direito, a pretensão, a ação (mesmo prescrita), a exceção.

Quanto à terminologia, observa-se que a ação dirigida à declaração da existência de relação jurídica é chamada de *ação declarativa positiva*; a que visa à declaração de inexistência, *ação declarativa negativa*.

4. A ação constitutiva tem como finalidade principal a realização de alguma transformação no mundo jurídico, por meio da *criação*, da *modificação* ou da *extinção* de relação jurídica ou de eficácia dela decorrente (*direito, pretensão, ação, exceção*).³⁵⁷ Existem, assim, três espécies de ações constitutivas, de acordo com as respectivas sentenças de procedência: ação constitutiva positiva, ação constitutiva modificativa e ação constitutiva negativa.³⁵⁸

Tais ações ou decorrem da pretensão constitutiva que restou insatisfeita devido a entrave posto pelo sujeito passivo ou ligam-se diretamente ao direito formativo, de modo que o seu titular age para obter a constituição a que faz jus³⁵⁹ (hipótese essa que configura exceção ao princípio geral de que as ações resultam das pretensões insatisfeitas)³⁶⁰.

5. A ação condenatória tem por objetivo preponderante obter a *reprovação de conduta* do obrigado, através de sentença judicial, por ter ele “obrado contra direito”.³⁶¹ Isso se dá em duas etapas. Em primeiro lugar, a ação condenatória visa à inscrição, no mundo jurídico, da *infração* a determinada regra e ao direito

³⁵⁵ Trata-se de censura irresponsável aos que argumentam tratar-se a declaração de fato caso excepcional. Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, São Paulo : RT, tomo II, 1971, p. 46-47.

³⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo II, cit., § 4, n. 1 e 2, p. 31-40.

³⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 26, n. 2, p. 124: “A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a de constitutividade. Ação constitutiva é ação predominantemente constitutiva.” *Idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 114.

³⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo III, cit., § 1, n. 1, p. 3.

³⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, p. 485.

³⁶⁰ O assunto, que extravasa os limites de nossa análise, é desenvolvido de maneira mais ampla no *Tratado das ações*, tomo III, cit., p. 6.

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 26, n. 2, p. 124: “A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é. Ação condenatória é a ação preponderantemente condenatória.”

subjetivo, decorrente da insatisfação da pretensão, bem como do *dano* advindo à esfera jurídica do sujeito ativo em razão desta violação. Essa certificação do dano, segundo Pontes, já é algo mais do que simplesmente declarar e constituir.³⁶²

Em segundo lugar, além da violação e do dano, a ação condenatória tem por fito ainda inscrever um *dano correspondente* àquele primeiro, a ser suportado pelo réu em razão de sua própria conduta lesiva. Este dano equivalente é o *com-dano*; e “condenar” (*cum-damnare*) consistiria essencialmente em inscrevê-lo na esfera jurídica do sujeito passivo, criando, para ele, o estado de “condenado”, sem, no entanto, chegar até o ponto de realizá-lo faticamente.³⁶³

6. A ação executiva é aquela que visa a preponderantemente obter atos de execução, isto é, transferência de bens da esfera jurídica do sujeito passivo para a do sujeito ativo da relação jurídica, onde deveriam estar, mas não estão, em razão de conduta indevida praticada por aquele.³⁶⁴ Como escreve Pontes de Miranda, “segue-se até onde está o bem e retira-se de lá o bem (*ex-sequor, ex-secutio*).”³⁶⁵

A classe das ações executivas (*lato sensu*) compreenderia três modalidades básicas.³⁶⁶ Em primeiro lugar, haveria as *ações executivas de sentenças*, que pressuporiam a existência de pronunciamento judicial anterior, de cognição completa. Em segundo lugar, estariam as *ações executivas por antecipação ou adiantamento de executividade*, de cognição incompleta (e. g., ação cambiária). Por fim, constatar-se-iam as *ações executivas sem adiantamento de executividade*, as quais acabariam por misturar, na mesma relação processual, *cognição* e *execução*. Os elementos que permitem o começo da atividade executiva são os títulos executivos, que podem ter origem

³⁶² Cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, São Paulo : RT, tomo V, 1974., § 1, n. 1, p. 4.

³⁶³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 25, n. 2, p. 121; tomo V, cit., § 1, n. 1, p. 3.

³⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 26, n. 2, p. 124: “A ação executiva é a ação preponderantemente executiva. Não há ação executiva pura.”

³⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 624, n. 2, p. 486.

³⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 113.

judicial (no caso das ações executivas de sentença) ou extrajudicial (no caso das ações executivas por adiantamento de executividade).³⁶⁷

7. A ação mandamental objetiva principalmente a expedição de mandado por parte do juiz, dirigido, de regra, a outra autoridade pública.³⁶⁸ São seus exemplos máximos, a ação de *mandado de segurança* e o *habeas corpus*. Pontes de Miranda não exclui, todavia, a existência de ações mandamentais dirigidas contra particulares, como lembra Barbosa Moreira.³⁶⁹

2.2.4. Classificação eficaz das sentenças

1. Como visto, as sentenças não são puras, mas realizam uma multiplicidade de eficácias. Em verdade, segundo o pensamento de Pontes de Miranda, cada sentença conteria sempre todas as cinco potencialidades, distribuídas em diferentes doses, conforme o tipo da sentença.³⁷⁰

Para descrevê-las cientificamente, o jurista brasileiro utilizou modelo e linguagem matemáticos, atribuindo a cada eficácia um número, da menos

³⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IX, 1. ed., p. 205.

³⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., tomo V, § 624, n. 2, p. 486 e *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 115; *idem*, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 26, n. 2, p. 124: “A ação somente é mandamental porque preponderantemente o é. Não há ação mandamental pura.”

³⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental*, cit., p. 255.

³⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 207-208 (= *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 26, n. 3, p. 127-128): “tem-se de advertir em que a) os elementos 2 e 1 são inelimináveis, porque não há qualquer sentença em que não haja elementos declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo: toda sentença favorável declara, pelo menos, que poderia ser exercida a pretensão à tutela jurídica, ou o interesse do autor; toda sentença favorável constitui, pelo menos, a si mesma, isto é, não havia, antes sentença, e passa a haver; toda sentença favorável condena o réu, pelo menos, a sofrer a força e a eficácia da sentença e as conseqüências processuais; todas as sentenças têm efeito mandamental, que se exprime na observância do registro, certidões e atos; toda sentença favorável, ainda se não retira bem da vida de um para outro patrimônio, põe na esfera jurídica do autor o julgado que é *plus* em relação à situação da esfera jurídica do réu, em que esse se pôs em atitude, ou foi posto em atitude, que justificou o *minus* expresso na decisão.”; *idem*, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 29, n. 1 e 2, p. 142-144: “Quanto aos elementos mínimos das sentenças (1, 2), a despeito de sua pequena relevância, são eles inelimináveis. Em toda sentença, há, *pelo menos*, a declaratividade de ‘Vistos e examinados os presentes autos ...’, ‘Acordam os juizes do Tribunal...’ e semelhantes anunciados. Em toda sentença, há, *pelo menos*, a condenatoriedade que resulta de ter sido proferida. Em toda sentença, há, *pelo menos*, a condenatoriedade, que vem à composição da condenação nas custas, e a que consiste em reprovar-se o exercício da pretensão à tutela jurídica, como autor ou como réu. Em toda sentença há, *pelo menos*, a mandamentalidade do ‘Publique-se, registre-se ...’ ou semelhante mandamento. Em toda sentença há, *pelo menos*, a executividade que deriva de se pôr na esfera jurídica de alguém (...) a prestação jurisdicional, à custa do que se deixa, com sinal contrário, na esfera jurídica de outrem.”

relevante (peso “1”) à mais relevante (peso “5”), perfazendo, justamente a “constante 15”.

A eficácia preponderante (também chamada de “força” da sentença), de número 5, definiria a classe a que a sentença pertence.³⁷¹ A eficácia seguinte, de peso “4”, Pontes chamou de “eficácia imediata”. A de número “3”, foi denominada de “eficácia mediata”. As de peso “2” e “1” foram chamadas, indistintamente, “eficácias mínimas”.³⁷²

2. As eficácias imediata e mediata seriam de suma relevância para revelar certos matizes da sentença dentro da respectiva classe, de tal maneira que cada grupo teria suas respectivas espécies típicas e atípicas.

Por exemplo, a eficácia declaratória, desde que ocupasse pelo menos a posição de eficácia mediata (peso “3”), tornaria a sentença apta a produzir coisa julgada material. Por outro lado, quaisquer eficácias que ocupassem a posição de eficácia preponderante ou imediata (pesos “5” ou “4”, respectivamente) realizar-se-iam independentemente de novo pedido e da constituição de nova relação jurídica processual. Assim, como na sentença condenatória típica as eficácias imediata (peso “4”) e mediata (peso “3”) seriam declaratória ou executiva, haveria produção de coisa julgada, mas a execução forçada deveria ser postulada em nova ação (a de execução de sentença, que Pontes denomina, um tanto anacronicamente, “*actio iudicati*”).

3. Demais disso, os efeitos próprios das sentenças deveriam ser diferenciados dos efeitos anexos e reflexos.³⁷³ *Efeitos anexos* seriam aqueles estranhos ao *petitum* e ao *decisum*, acrescentados à sentença pelo legislador, de forma intencional, podendo estabelecer novos direitos, pretensões, ações e exceções. Ostentariam natureza geralmente mandamental. Exemplo clássico seria representado pela hipoteca judiciária. Os *efeitos reflexos*, por seu turno, seriam aqueles produzidos pela repercussão dos efeitos próprios da sentença

³⁷¹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 135.

³⁷² Como bem aponta Fernando Sá (“As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença. A tese de Pontes de Miranda”, in: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.), *Eficácia e coisa julgada*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 61-80, esp. p. 70-71), a terminologia resgatada no texto não foi uniformemente empregada por Pontes de Miranda, gerando certa perplexidade e, conseqüentemente, boa dose de confusão para quem se proponha a interpretar o pensamento dele. Assim, e. g., em certa altura do *Tratado das ações* (tomo I, cit., § 33, n. 1, p. 172), distingue entre a *força* e os *efeitos* da sentença, expressão que só pode se referir às eficácias imediata, mediata e mínimas.

³⁷³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, cit., vol. § 39, p. 215-221.

no mundo jurídico. Ao contrário dos anteriores, que são propositais, estes seriam criados espontaneamente, pela própria vida.

Uns e outros seriam “exteriores” à decisão, não devendo ser considerados para fins de classificação seja das ações (materiais) ou das sentenças.

4. De acordo com a concepção de Pontes de Miranda, a *sentença declarativa* é aquela tem sua “força” (= eficácia preponderante) no declarar.³⁷⁴ De forma mais explícita, observa-se que tal sentença estabelece a certeza, o esclarecimento quanto à existência de uma relação jurídica e suas respectivas eficácias (direito, pretensão, ação, exceção) ou sobre a falsidade de um documento. Isso posto, observa-se que a sentença declaratória não realiza principalmente qualquer modificação no mundo jurídico; ela se limita a proclamar solenemente o que nele está ou não está.³⁷⁵

Por outro lado, a eficácia deste tipo de sentença restringe-se apenas ao plano do verbo, ao plano do enunciado sentencial, sem estender-se ao plano da realização fática, mediante ato.³⁷⁶ A eficácia da sentença declarativa se esgota com o *trânsito em julgado* da mesma.³⁷⁷ Este tipo de julgamento, prossegue Pontes, pertence à classe dos julgamentos “indicativos”, por meio dos quais o juiz limita-se a realizar a aplicação do direito objetivo, indicando, tão-somente, que o mesmo incidu (no seu entender), sem, contudo, realizá-lo imperativamente e sem descer, mediata ou imediatamente, ao plano dos fatos, estando em oposição aos julgamentos “imperativos”.³⁷⁸

A coisa julgada material aparece ligada ao elemento declaratório da sentença, desde que o peso atribuído à eficácia declaratória, dentro da sentença, seja relevante.

5. Como destacado acima, a sentença constitutiva é aquela em que prevalece a eficácia de constituição (força).³⁷⁹ Pontes esclarece que nesta

³⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, cit., p. 302.

³⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, cit., p. 43.

³⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 34, n. 2, p. 198.

³⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, cit., p. 39.

³⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 34, n. 2, p. 198.

³⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, cit., p. 302.

classe de sentença, o ato judicial está *incluso* no pensamento.³⁸⁰ Exatamente por isso torna-se desnecessária qualquer espécie de execução posterior à sentença.

6. Conforme Pontes de Miranda, “à sentença condenatória é essencial a condenação”.³⁸¹ Com essa aparente tautologia (perceptível também na definição das outras classes sentenciais), pretende ele acentuar que o elemento caracterizador da referida sentença é a eficácia condenatória: esta é a sua força. Assim, a sentença seria de condenação porque o condenar estaria à frente das demais eficácias, sem eliminá-las.³⁸²

O verbo condenar, cuja preponderância caracteriza a sentença condenatória, é semelhante à eficácia declaratória, pois através desse elemento o juiz contempla o que se passa no mundo jurídico, especialmente a ocorrência de um *dano*, decorrente da violação da regra jurídica e do direito subjetivo por parte do réu.³⁸³ Ocorre que, através da *mesma* eficácia o juiz vai além, reprovando a conduta antijurídica do réu, tornando concreta a sanção prevista pela regra jurídica para o caso de descumprimento, inscrevendo, no mundo jurídico, um *dano equivalente* àquele que dantes fora certificado. Trata-se, como alhures se disse, do “condano”, termo que resume a eficácia de condenação e lhe justifica o nome.³⁸⁴

Observa-se, ante o exposto, que a condenação judicial também se esgota com o *trânsito em julgado* da sentença; a pretensão condenatória, assim como as pretensões declarativa e constitutiva, é fundamentalmente *pretensão à sentença*. A transformação operada pela sentença condenatória típica se restringe ao mundo jurídico. Apenas em momento posterior – de ordinário, no sistema original do CPC/1973, com a constituição de nova relação

³⁸⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 37, n. 1, p. 211.

³⁸¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 36, n. 1, p. 209.

³⁸² PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, cit., p. 303.

³⁸³ Como explicita, enfaticamente, Pontes de Miranda (*Tratado das ações*, tomo I, cit., § 36, n. 12, p. 209), “condenar não é declarar a injúria; é mais: é reprovar, ordenar que sofra. Entra, além do enunciado de fato, o de valor. A sentença que somente declarasse ter o réu incorrido em pena seria declarativa, não condenatória”. O autor critica, na mesma passagem, a visão segundo a qual a condenação consistiria em dupla declaração (do ato ilícito e de suas conseqüências), exemplificada pela concepção de Francesco Carnelutti.

³⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo V, cit., § 1, n. 1, p. 3.

jurídica processual – é que ela desce ao plano dos fatos, por meio da execução. Justamente por isso, Pontes afirma que a eficácia executiva, na sentença condenatória típica, é somente mediata, isto é, necessita de novo pedido. Aliás, como já se frisou, a carga executiva é plenamente substituível (v. g., no direito penal) ou praticamente eliminável (e. g., sentença de condenação ao restabelecimento das relações conjugais).³⁸⁵ Segundo o autor em questão, a sentença condenatória precisa apresentar a carga executiva pelo menos como *eficácia mediata* (peso “3”), para permitir a execução forçada.³⁸⁶ Em suma, normalmente o *ato* do juiz é *mediato* em relação ao pensamento.³⁸⁷

7. A decisão executiva possui caracteres peculiares, pois, “no processo de execução o conteúdo da sentença perde aquela compactitude, aquela unidade” que têm as demais sentenças.³⁸⁸ São elucidativas, a este respeito, e ricas em exemplificações, as palavras de Pontes:

“há toda uma série de atos, dos quais o mais típico, o especificamente executivo (adimplente) é o levantamento do preço pelo exeqüente, ou a adjudicação ao exeqüente, ou a remição, como conseqüente levantamento do preço, a entrega da coisa sem ser mediante caução, tratando-se de execução de entrega de coisa certa, ou a entrega do total do custo da obra, ou a sentença em que há a declaração de vontade prometida, se transitada em julgado. Em todos os casos, menos no último, a sentença como que se dilui, pela incompactitude do seu conteúdo, que vem sendo composto, desde a citação, com o mandado de adimplir.”³⁸⁹

A sentença executiva caracteriza-se, assim pelo relevo que tem o *ato judicial*, quase sem pensamento, como nas ações executivas de sentença, ou passando a frente do pensamento, por adiantamento, como nas ações de execução de título extrajudicial. Como se disse acima, a espécie de sentença

³⁸⁵ O efeito executivo não pode ser eliminado de todo, o que equivaleria a retirar um dos elementos da sentença, contrariando a própria lógica do autor. Melhor seria dizer que o efeito executivo quanto à *res in iudicium deducta* é eliminado, permanecendo, porém, no que respeita a outras questões.

³⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, cit., p. 13.

³⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., p. 211.

³⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, cit., p. 13.

³⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, cit., p. 13-14.

que se comenta pulveriza-se, em regra numa pluralidade de atos judiciais praticados no curso do processo de execução.³⁹⁰

8. A sentença mandamental apenas é classificada como mandamental porque a eficácia mandamental é mais relevante do que as demais.³⁹¹ Nesta espécie de sentença, o ato do juiz é imediato em relação ao pensamento, no que se distingue das sentenças constitutivas e condenatórias, em que o ato do juiz está incluso nele ou é mediato a ele, respectivamente, bem como das sentenças declarativas, em que inexistente ato, e das executivas, em que ele prima.³⁹²

Por meio dela, o juiz praticaria ato que somente ele poderia praticar, em função de sua estatalidade (= exercício de poder do Estado, do qual é órgão).³⁹³

Deve-se acentuar, ainda, que Pontes de Miranda não considerava as ações e sentenças cominatórias verdadeiramente mandamentais, mas preponderantemente condenatórias.³⁹⁴ Surpreendentemente, punha as ações de condenação, em matéria de alimentos, na classe das mandamentais.³⁹⁵

3. Outras formulações a respeito da mandamentalidade

Na esteira de Pontes de Miranda, outros juristas brasileiros aceitaram a categoria das ações e sentenças mandamentais, muitas vezes adotando conceitos próprios e, não raro, frontalmente discordantes. Houve que rejeitasse a idéia de ação mandamental, preferindo, a partir da teoria da classificação eficaz das sentenças de procedência, contemplar a mandamentalidade sob o prisma da forma de tutela jurisdicional outorgada.

³⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IX, cit., 1. ed., p. 9.

³⁹¹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V, cit., p. 303.

³⁹² PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 37, n. 1, p. 211.

³⁹³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 37, n. 2, p. 211.

³⁹⁴ Como bem releva Edson Ribas Malachini (*As ações [e sentenças] condenatórias, mandamentais e executivas*, RePro, 125:15-60, esp. p. 34).

³⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 36, n. 2, p. 210: “no direito brasileiro, transformaram-se as ações de condenação, em matéria de alimentos, em ações mandamentais – particularidade técnica que revela a capacidade de invenção dos juristas brasileiros”.

3.1. A mandamentalidade como atributo da ação ou da sentença

1. Como ninguém desconhece, o principal seguidor da classificação pontiana, no direito brasileiro atual, é Ovídio A. Baptista da Silva, também conhecido do conceito de ação (de direito) material.

Curiosamente, ao contrário de Pontes de Miranda, que vinculava a eficácia da ação (material) à futura sentença de procedência (como visto), o jurista gaúcho atrela a eficácia da sentença à ação: essa última é que determinaria, em última análise, as eficácias da sentença de procedência.³⁹⁶

Do ponto de vista conceitual, a ação (de direito material) estaria ligada à pretensão (também material) violada, consistindo no agir do particular para a realização de seu direito. Esta ação não pode ser confundida com a “ação” processual, consistente no exercício do direito à tutela jurídica, outorgado a todos, mesmo ao litigante destituído de razão. Como Pontes de Miranda, também o jurista gaúcho acredita poder existir “ação” processual sem ação material.³⁹⁷

Em termos classificatórios, recorda-se que Ovídio originalmente aceitava a divisão pontiana das ações (materiais) em 5 classes. Entretanto, segundo a formulação mais recente de seu pensamento, não haveria verdadeira ação condenatória, pois ela não produz a verdadeira satisfação da obrigação – objetivo perseguido pelo credor –, limitando-se a remeter à prática de atos de intervenção efetiva na realidade para outro processo. Causa-lhe espécie a

³⁹⁶ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “A ação condenatória como categoria processual”, in: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 233-251, p. 235.

³⁹⁷ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Direito material e processo*, cit., n. 20, p. 186: “Claro, o autor que vê rejeitada a ação (de direito material) exerceu ‘ação’ (processual), sem ter direito (material!), conseqüentemente sem ter *actio* (pretensão de direito material). Mas isto nada nos diz sobre os pressupostos que legitimaram o autor sucumbente a exercer o direito (!) à jurisdição. Ele somente exerceu a ‘ação’ processual porque – estando sob a proteção de um Estado juridicamente organizado – tivera ‘direito’ a ser ouvido perante um tribunal, para, através da ‘ação’ processual, demonstrar ‘o que lhe parecera ser seu direito material’. A ‘ação’ processual é o exercício de um direito público subjetivo. Não há ação sem direito que lhe dê legitimidade.”

existência de uma ação que produza outra ação (a ação executiva).³⁹⁸ Assim, no máximo, poder-se-ia falar em sentença (jamais em ação) condenatória. A condenação seria, em suma, categoria processual, impregnada daquilo que o autor identifica como ideologia da ordinariedade, relacionada à estrita separação entre o plano do fato e o plano do direito.

Dentre todas as ações, a que mais interessa no momento é a mandamental, da qual a doutrina reconhece ter sido Ovídio A. Baptista da Silva o maior teorizador, depois de Pontes de Miranda. Essa ação teria por fito, “como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não-fazer alguma coisa”. Seria da essência dessa ação, portanto, “que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado”. De acentuar que, “nesse tipo de sentença, o juiz *ordena*, e não simplesmente *condena*”, nisso residindo precisamente “o elemento eficaz que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.”³⁹⁹

Na visão do autor, as ações mandamentais descenderiam diretamente dos *interdicta* romanos, não se relacionando, assim, com os meios de realização dos deveres típicos do Direito das Obrigações.⁴⁰⁰ Nesse passo, o eminente processualista nega, de forma peremptória, que a *astreinte* facultada pelo § 5º do art. 461 do CPC ostente caráter verdadeiramente mandamental.⁴⁰¹ Tais multas cominatórias seriam “*espécies clássicas de juízos condenatórios*” (na esteira de Pontes de Miranda), devendo ser efetivadas, “*em caso de desobediência, pelos meios executórios obrigacionais*”.⁴⁰²

³⁹⁸ OVÍDIO A. BAPTISTA DE SILVA, *A ação condenatória como categoria processual*, cit., p. 248.

³⁹⁹ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. 2 cit., p. 336.

⁴⁰⁰ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. 2, cit., p. 336-337: “As ações mandamentais descendem diretamente dos interditos romanos. Também neste tipo de tutela jurisdicional, o pretor romano não *condenava*, mas, ao contrário, *ordenava* que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa. (...) Os interditos não eram ações. As verdadeiras ações (*actiones*), como antes dissemos, ligavam-se invariavelmente às *obrigações*, ao passo que os interditos eram remédios de que o pretor se valia para proteção de outros interesses, especialmente de natureza pública.”

⁴⁰¹ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição, direito material e processo*, cit., p. 200, 260.

⁴⁰² OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “Execução obrigacional e mandamentalidade”, in: JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER; MARIÂNGELA GUERREIRO MILHORANZA; SÉRGIO GILBERTO PORTO (org.), *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil* :

De outra parte, o que haveria de comum entre as sentenças executivas *lato sensu* e as mandamentais seria o fato de ambas conterem atividade jurisdicional posterior ao trânsito em julgado da decisão de procedência.⁴⁰³ Isso não seria suficiente, contudo, para apagar a diferença fundamental entre ambas as classes de sentenças: enquanto nas executivas haveria substituição, as mandamentais caracterizar-se-iam pela prática de atos que apenas o juiz, como representante do Estado, poderia praticar.⁴⁰⁴

Ao contrário de Pontes de Miranda, Ovídio A. Baptista da Silva alocou sistematicamente as sentenças mandamentais no processo de execução, o que seria necessário para preservar a pureza do processo de conhecimento.⁴⁰⁵ Como exemplos claros dessa classe, aponta o mandado de segurança e os interditos possessórios.

2. Nessa linha de pensamento situa-se Darci Guimarães Ribeiro, na medida em que aceita as categorias da pretensão e da ação, ambas de direito material, distinguindo-as da pretensão e da ação processuais.

Define pretensão material como “aptidão para poder exigir de outro a realização de uma prestação”, seguindo a Pontes de Miranda e a dogmática

estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis, Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 601-616, esp. p. 605-606. Na ótica desse jurista, a media prevista no art. 461-A, do CPC, tampouco ostentaria a natureza executiva *lato sensu*, mas, justamente por estatuir prazo para o “cumprimento da obrigação” (por ele identificada com o “tempus iudicati” inerente à *condemnatio romana*), seria meramente condenatória (*op. cit.*, p.608 e 610). Ao que tudo indica, o eminente processualista rio-grandense acabou por revisar posicionamento inicialmente adotado, no sentido de que o art. 461 seria suscetível de abrigar provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* (*Curso*, tomo I, cit., p. 162 e 170).

⁴⁰³ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. 2, cit., p. 336: “Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento.”

⁴⁰⁴ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. 2, cit., p. 337: “A distinção entre sentenças executivas e mandamentais é fundamental: a execução é *ato privado da parte*, que o juiz, através do correspondente processo – se a demanda fora condenatória ou desde logo por simples decreto, se a ação desde o início era executiva –, realiza em substituição à parte que deveria tê-lo realizado. Na sentença mandamental, o juiz realiza o que somente ele, como representante do Estado, em virtude de sua *estatalidade*, pode realizar.”

⁴⁰⁵ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. 2, p. 351: “Para respeitar os pressupostos doutrinários que informam o sistema jurídico brasileiro, nesse particular [= distinção entre ações condenatórias e mandamentais], temos de preservar o campo das *obrigações de fazer e não-fazer* para as ações condenatórias, cuja execução se fará segundo o modelo legal dos arts. 632-645 do CPC, delas separando as denominadas ‘obrigações legais’, correspondentes a *deveres jurídicos* emergentes de outros domínios do direito que não seja o direito das obrigações.”

civilista alemã a partir de Bernhard Windscheid.⁴⁰⁶ A ação material seria um “agir” do titular da pretensão, apresentando-se como um “plus” e como conseqüência, que a ela se ajuntam, no caso de não ter havido colaboração por parte do obrigado. Segundo argumenta, invocando textos de Alessandro Pekelis e Giovanni Pugliese, a ação de direito material constituiria verdadeiramente substituto da justiça de mão-própria.⁴⁰⁷

O autor em questão, apartando-se um pouco da terminologia pontiano-ovidiana, concebe a “ação” processual como “direito público e subjetivo de exercer contra o Estado a pretensão à tutela jurídica”,⁴⁰⁸ entendida essa última como “pretensão ao processo”.⁴⁰⁹

Já a pretensão processual, na linha de Jaime Guasp (o qual, por seu turno, elaborou idéias extraídas de Leo Rosenberg e Francesco Carnelutti), é concebida como “declaração de vontade por meio da qual se solicita uma atuação de um órgão jurisdicional frente a uma pessoa determinada e distinta do autor da demanda”.⁴¹⁰ Essa pretensão seria, em suma, “pretensão à sentença”, verdadeiro efeito da ação processual, sendo veiculada concretamente por meio da demanda⁴¹¹ e constituindo o verdadeiro objeto do processo.⁴¹²

De forma original, vincula a classificação quinária eficaz de Pontes às pretensões processuais.⁴¹³ Nesse passo, a pretensão (processual) mandamental (“pretensión de mandamiento”) estaria caracterizada pelo verbo ordenar ou mandar. No seu entender, a mandamentalidade seria diretamente proveniente do *imperium* do pretor romano⁴¹⁴, instrumentalizada por meio de processo sumário e implicando a realização *manu militari* do direito independentemente de execução a ser proposta *ex intervallo*. Essencial, portanto, a nota da “coação atual”, que identificaria as sentenças

⁴⁰⁶ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona : J. M. Bosch, 2004, p. 55.

⁴⁰⁷ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 64-66.

⁴⁰⁸ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 87

⁴⁰⁹ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 82.

⁴¹⁰ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 115.

⁴¹¹ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 120-121.

⁴¹² DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 131 et seq.

⁴¹³ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 170 et seq.

⁴¹⁴ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais*, Estudos Jurídicos (UNISINOS), 39/2(jul.-dez./2006):81-90, esp. p. 83.

mandamentais com o *contempt of court* anglo-americano e com as *astreintes* originadas do direito francês.⁴¹⁵

Em obra posterior, acrescenta serem marcantes, ainda, o caráter sumário (tanto no plano horizontal quanto no vertical) da cognição judicial e a imediatidade da execução. Esta última, em particular, estaria de acordo com o postulado da efetividade, impondo à jurisdição atender adequadamente aos novos direitos, na ótica do processo civil de resultados. Menciona como exemplos da mandamentalidade, no direito brasileiro, as pretensões de manutenção de posse, cautelar e de “obra nova”, assim como o mandado de segurança, que seria o caso mais representativo da categoria.⁴¹⁶

A pretensão mandamental não poderia, portanto, ser confundida com a pretensão condenatória, que expressa coação potencial, exige cognição plena e propositura de posterior processo de execução (na ótica do sistema original adotado pelo CPC/1973), além de colocar o réu em verdadeira situação de passividade.⁴¹⁷ Impossível esquecer, ainda, o caráter de exortação inerente à condenação, assim como a sua natureza repressiva.⁴¹⁸

Das pretensões executivas se distinguiria por três razões principais: primeiro, diante da omissão do réu, a pretensão mandamental acarretaria delito de desobediência e/ou multa pecuniária, ao invés de ensejar simplesmente o uso da força policial, como no caso da primeira; a realização do direito decorreria de ato exclusivo do juiz; teria como fim exigir do demandado um fazer ou não-fazer.⁴¹⁹

3. Na visão de Kazuo Watanabe (delineada no sistema anterior à Lei nº 11.232/2005 mas que, *mutatis mutandis*, ainda se mostra relevante), a chamada “ação mandamental”, de que o mandado de segurança seria o maior exemplo, não se confunde com a ação condenatória, apesar das inegáveis semelhanças.⁴²⁰ E isso porque essa última origina um título executivo que, diante do não-cumprimento voluntário por parte do demandado, possibilita o

⁴¹⁵ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 194 e 196.

⁴¹⁶ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *A garantía*, cit., p. 86-87.

⁴¹⁷ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 198-199.

⁴¹⁸ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *A garantía*, cit., p. 88.

⁴¹⁹ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 199-200; *idem*, *A garantía*, cit., p.

89.

⁴²⁰ A aceitação da categoria é abertamente confessada na obra *Da cognição no processo civil*, Campinas : Bookseller, 2000, p. 138.

acesso à execução *ex intervallo*. Na ação mandamental, em contrapartida, é o próprio juiz que, por meio da expedição de ordens (cujo descumprimento acarretaria a configuração do crime de desobediência), praticará os atos necessários para que o comando da sentença seja cumprido de modo específico pelo demandado. Eventual resistência, segundo o comentarista do CDC, além de atrair as medidas específicas determinadas pelo magistrado (como “o fechamento de um estabelecimento comercial ou industrial, ou a cessação efetiva da publicidade, da interrupção da veiculação de um anúncio pela televisão, etc., ou ainda a retirada do mercado, com uso de força policial, se necessário, de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores”), configuraria ainda crime de desobediência.⁴²¹

Mais adiante, o jurista especifica que a ordem imposta pelo julgador se instrumentaliza por meio da imposição de “medida coercitiva indireta”, de modo que “o provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através de colaboração do devedor”.⁴²²

Ressalta o caráter não civil da pena privativa de liberdade, o que afastaria a incidência da vedação disposta no art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988.⁴²³

4. Luiz Guilherme Marinoni considera que, muito embora as sentenças que atuam sobre a vontade do demandado existam há muito tempo no Direito Brasileiro, “*foram as novas necessidades de tutela jurisdicional especialmente marcadas por conteúdo não-patrimonial, que passaram a exigir a imposição de condutas de não-fazer, e, por consequência, a sentença mandamental*”.⁴²⁴

⁴²¹ KAZUO WATANABE, “Disposições gerais”, in: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*, *Código brasileiro de defesa do consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro : Forense Universitária, 8. ed., 2005, p. 839. Assim também entende Marcos Destefenni, para quem as sentenças mandamentais “se caracterizam pela emissão de uma ordem por parte do juiz, que deve ser cumprida no próprio processo, ou seja, sem necessidade de processo de execução subsequente, e que também podem sujeitar aquela que a descumprir a responder pelo crime de desobediência” (*Natureza constitucional da tutela de urgência*, Porto Alegre : Fabris, 2002, p. 191).

⁴²² WATANABE, *Disposições*, cit., p. 847.

⁴²³ *Ibidem*: “Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência.”

⁴²⁴ LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo : RT, 2004, p. 117.

Cumprir destacar que este autor enfoca o problema da sentença mandamental sob o ângulo da tutela das obrigações de fazer e não-fazer no direito privado, de modo que, o que importaria para a definição da mandamentalidade seria a coerção, que decorre da natureza da multa processual civil aplicável ao demandado. Frisa que essa sanção não teria natureza penal, nem seria assimilável a uma condenação para o futuro, tendo por objetivo atuar sobre a vontade, não punir.⁴²⁵

Segundo seu pensamento, *“na sentença mandamental, o juiz usa a força do Estado para estimular o vencido a adimplir, ao passo que na condenatória há apenas a constituição de uma situação jurídica que pode abrir oportunidade ao seu uso”*.⁴²⁶ Em outra formulação, afirma o conhecido processualista que, nesse tipo de sentença, *“o juiz atua sobre a vontade do demandado, ordenando sob pena de multa ou sob pena de prisão”*, de modo que a sua peculiaridade estaria na coerção indireta, *“vale dizer, na força que visa convencer o demandado a observar o conteúdo da sentença”*.⁴²⁷

Além disso, a sentença mandamental, possibilitaria a “tutela jurisdicional integral”, ao passo que a condenatória realizaria a “tutela pela metade”, em face da necessidade de um posterior processo de execução para a satisfação completa do direito de crédito.⁴²⁸

Essencial para o conceito de sentença mandamental, segundo esse autor, a previsão, na decisão judicial, de meios de coerção.⁴²⁹ De fato, *“uma sentença não é mandamental porque apenas manda, ou ordena mediante mandado”*, sendo que *“a mandamentalidade não está na ordem ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir”*.

⁴²⁵ MARINONI, *Técnica processual*, cit., p. 128-129.

⁴²⁶ MARINONI, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo : RT, 3. ed., 2003, p. 390.

⁴²⁷ MARINONI, *Técnica processual*, cit., p. 290.

⁴²⁸ MARINONI, *Tutela inibitória*, cit., p. 390.

⁴²⁹ Como destaca Guilherme Rizzo Amaral, em estudo sobre a Lei nº 11.232/2005 (CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA (org.), *A nova execução*, Rio de Janeiro : Forense, 2006, n. 51, p. 109).

Assim, só haveria sentido na ordem quando “ela emprega força coercitiva”, sob pena de se reduzir a “mera declaração”.⁴³⁰

Relevante assinalar que, para Marinoni, seria constitutiva, não mandamental, a sentença que ordena a expedição de mandado dirigido a oficial do registro civil.⁴³¹

5. Baseando-se explicitamente no pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, Joaquim Felipe Spadoni entende que “a mandamentalidade reside na conjugação da declaração da conduta devida com a utilização de medidas coercitivas destinadas a forçar o réu a cumprir o comando judicial”, de modo que a sentença em questão caracterizar-se-ia “pela imposição ao réu de uma obrigação processual no dever de cumprir imediatamente o comando jurisdicional”.⁴³²

Tal obrigação derivaria “da relação jurídica processual, da relação das partes com o Estado-juiz e com a função de satisfazer, em primeiro lugar, o interesse primário do Estado na eficaz e adequada entrega da prestação jurisdicional, e reflexamente, satisfazer o direito declarado na sentença”, sendo que “o credor dessa obrigação é o Estado-juiz, e o devedor a parte a quem se dirige o mandamento”.⁴³³

6. Eduardo Talamini, por seu turno, não vê inconveniente algum na adoção da classe das sentenças mandamentais, visto que ela estaria fundamentada, como as demais, na eficácia preponderante da decisão judicial, isto é, em seu conteúdo (não nos efeitos exteriores da sentença, como pretendeu Rosenberg).⁴³⁴

7. José Miguel Garcia Medina, alinhando-se inicialmente a Pontes de Miranda e Ovídio A. Baptista da Silva, considera que essência da

⁴³⁰ MARINONI, *Tutela inibitória*, cit., p. 395 (o itálico consta do original). Cf., de forma menos incisiva, LUIZ GUILHERME MARINONI; SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Curso de processo civil, volume 2 : processo de conhecimento*, São Paulo : RT, 6. ed., 2007, p. 425.

⁴³¹ MARIONI/ARENHART, *Curso*, cit., p. 426.

⁴³² JOAQUIM FELIPE SPADONI, *Ação inibitória : a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*, São Paulo : RT, 2. ed., 2007, p. 109-110.

⁴³³ SPADONI, *Ação inibitória*, cit., p. 110.

⁴³⁴ EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*, São Paulo, RT, 2. ed., 2003, p. 203-204.

mandamentalidade reside na ordem do juiz.⁴³⁵ Não restringe, contudo, essa forma de tutela apenas aos deveres estranhos ao campo obrigacional, entendendo integrarem o seu âmbito de atuação também as obrigações (no sentido próprio do termo) de fazer e não-fazer. Daí extrai a conseqüência de que entre as tutelas compreendidas no art. 461 do CPC também se encontra a mandamental.⁴³⁶

Outrossim, segundo pensa, o mandamento apresentaria sempre natureza instrumental, de modo que o réu “quando age obedecendo à ordem judicial, está também cumprindo a obrigação preexistente”.⁴³⁷ De outra parte, entende ostentar caráter “acessório e eventual” a multa periódica cuja cominação é facultada pelo § 5º do mencionado dispositivo legal, uma vez que medida coercitiva residiria na própria ordem judicial. E isso pelo simples fato de o respectivo descumprimento ser sancionado pelo art. 330 do CP. Além disso, o capítulo sentencial responsável pela fixação da *astreinte* não seria propriamente mandamental, mas de natureza condenatória.⁴³⁸

A partir desses elementos, Medina arremata sua exposição definindo sentença mandamental como “aquela que contém ordem, cujo descumprimento pode acarretar o surgimento do crime respectivo”, sendo aplicável “tanto em relação ao cumprimento de deveres oriundos de lei ou de contrato”, não sendo imprescindível, para a caracterização da forma de tutela correspondente, “que se some à ordem uma medida coercitiva”.⁴³⁹

8. Sergio Muritiba identifica na essência da sentença mandamental “imposição de um dever de prestação”.⁴⁴⁰ A necessidade de recorrer a meios de coerção seria ainda nota essencial do conceito de ação mandamental, pois, do contrário, ela se mostraria inócua.⁴⁴¹ Alia-se a isso a desnecessidade de

⁴³⁵ MIGUEL GARCIA MEDINA, *Breves notas sobre a tutela mandamental e o art. 14, inc. V, e parágrafo único, do CPC*, Revista Jurídica, 337(nov./2005):21-35, esp. p. 23.

⁴³⁶ MEDINA, *Breves notas*, cit., p. 26-27.

⁴³⁷ MEDINA, *Breves notas*, cit., p. 30.

⁴³⁸ MEDINA, *Breves notas*, cit., p. 31-33.

⁴³⁹ MEDINA, *Breves notas*, cit., p. 35.

⁴⁴⁰ SERGIO MURITIBA, *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*, São Paulo : RT, 2005, p. 239.

⁴⁴¹ MURITIBA, *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*, cit., p. 239-240.

instauração de nova relação processual, como também ocorre com a ação executiva *lato sensu*.⁴⁴²

8. José Ignácio Botelho de Mesquita admite, de modo muito peculiar, a classe das sentenças mandamentais.⁴⁴³ Adota a visão de Kuttner, destoando da parcela da doutrina nacional que aceita a mandamentalidade. Nesse sentido, seria da essência das sentenças mandamentais dirigirem-se à autoridade pública.

Nessa ordem de idéias, a afirmação de Pontes de Miranda, no sentido de que o mandamento dirigir-se-ia a alguma pessoa física ou jurídica, não teria o alcance normalmente pretendido.⁴⁴⁴ A única hipótese de sentença mandamental em que haveria ordem dirigida não uma autoridade estranha ao processo, mas a alguém que estaria a integrar a relação jurídica processual – embora não na condição de réu, visto que compareceria ao processo apenas para prestar informações (!) –, seria o mandado de segurança.⁴⁴⁵

Com efeito, na visão de Botelho de Mesquita o campo da mandamentalidade seria tanto o dos atos de execução imprópria quanto – surpreendentemente – o dos de execução própria.⁴⁴⁶

Demais disso, as verdadeiras sentenças mandamentais independeriam, como regra, de prestação por parte do réu.⁴⁴⁷

⁴⁴² MURITIBA, *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*, cit., p. 240.

⁴⁴³ JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, Revista do Advogado (AASP), 78(ano 21/set. 2004):34-42.

⁴⁴⁴ BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, cit., n. 3, p. 36: “não se deve atribuir àquela referência de Pontes de Miranda (a de que o mandado possa ser dirigido a alguma pessoa física ou jurídica) nada mais do que, antes dela, já caberia dentro do conceito de ação mandamental. Especialmente não se lhe deve atribuir o sentido de estender a condição de possível destinatário do mandamento também à parte devedora, sujeito passivo da relação jurídica processual.”

⁴⁴⁵ BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, cit., n. 4, p. 36: “Onde Pontes de Miranda verdadeiramente inovou foi no incluir entre as mandamentais todas aquelas ações que tendem à obtenção de uma sentença, cujos fins materiais ou jurídicos se realizam em virtude do cumprimento de mandado dirigido a órgãos do Estado, no caso, oficiais de justiça, **estranhos à relação jurídica processual**. Isso só não ocorre no mandado de segurança, cujos fins se realizam mediante ato da autoridade coatora que, embora não seja ré, pois comparece no processo apenas para prestar informações, **integra a relação jurídica processual**.” (os destaques encontram-se no original).

⁴⁴⁶ BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, cit., n. 13, p. 41: “Tomando-se por base essas características, percebe-se que o campo aberto às sentenças mandamentais seria o das sentenças (declaratórias e constitutivas) dependentes de atos de **execução imprópria** e o das sentenças dependentes de **execução própria**, tanto uma como outra reduzida ao cumprimento de mandado judicial, já que em relação a qualquer delas seria impossível, *a priori*, o inadimplemento do devedor.” (os destaques constam do original)

Na verdade, o único elemento que permitiria distinguir as sentenças mandamentais das demais consistiria na forma específica de execução do comando que elas contêm.⁴⁴⁸ Quanto ao conteúdo (abstraindo-se, portanto, o modo de execução), poderiam ser reduzidas a sentenças declaratórias, constitutivas ou condenatórias.

A partir do exposto, conclui Botelho não ser possível ocorrer, no plano dos fatos, a hipótese do art. 14, IV do CPC relativamente à parte, pois o mandado seria dirigido a órgão estatal que não é parte. Além disso, a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (art. 461, CPC) “não pode ter por objeto a prestação de fato pelo próprio devedor”.⁴⁴⁹

Outrossim, considera que “a possibilidade de imposição de medidas coercitivas de natureza criminal (...) fica reduzida (...) aos casos em que alguém (parte ou terceiro) pratique ato tendente a impedir o cumprimento do mandado pelo oficial de justiça, ou em que terceiro em relação ao processo se oponha, por ação ou omissão, ao cumprimento de mandado que contenha ordem contra ele dirigida”.⁴⁵⁰

9. Para Araken de Assis, que aceita tanto a teoria da ação material quanto a classificação quinária das ações e das sentenças, “a essência da eficácia mandamental repousa no conteúdo da ação”, ou mais especificamente, “em

⁴⁴⁷ BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, cit., n. 14, p. 41: “Essa distinção [entre sentença condenatória e sentença mandamental] **exclui do campo das ações mandamentais as que tenham por fundamento o direito a uma prestação do réu**, posto que a ordem de cumprimento de uma obrigação sempre poderá ser desatendida pelo demandado, tornando necessária a prática de atos executórios por meio do processo de execução. Aliás, a finalidade precípua do processo de execução consiste exatamente em satisfazer o direito do credor por ato do Estado, independentemente do concurso da vontade do vencido.” (destaque consta do original).

⁴⁴⁸ *Ibidem*: “Atentando-se para essa particularidade das sentenças mandamentais, tem-se de dar razão aos que ponderam não se distinguiram essas sentenças senão quanto ao modo pelo qual se dá execução ao comando nelas contido. Abstração feita dessa específica diferença, no mais, poderão essas sentenças ser classificadas como condenatórias ou constitutivas, segundo tenham por escopo último uma alteração no campo dos fatos ou uma alteração exclusivamente no campo dos direitos, ou declaratórias, se tendentes à formação de certeza jurídica”; n. 14, p. 41: “Em última análise, o que faz mandamental uma sentença é o fato de que, por força da função de que está investido aquele a quem o mandado está dirigido – outra autoridade ou oficial de justiça, que também é agente do Estado – a expedição e entrega do mandado consubstanciam tudo o que compete ao juiz promover para que se realize na prática a pretensão do demandante. A prestação jurisdicional se esgota com a entrega do mandado.”

⁴⁴⁹ BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, cit., n. 5, p. 37.

⁴⁵⁰ BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, cit., n. 16, p. 42.

certo elemento (= eficácia) da ação”.⁴⁵¹ Da ação julgada procedente, portanto, decorreria mandamentalidade na sentença de procedência.

Voltando-se à delimitação da essência mesma da eficácia mandamental, afirma o processualista ser o mandado “elemento independente” dos demais, de modo que, “incrustado no núcleo de eficácias da sentença, irradia efeitos bem discerníveis no campo executivo: primeiro, a (...) estatalidade imanente, tutelada através de medida coercitiva contra a pessoa do sujeito passivo; ademais, o ato executivo ocorre ulteriormente ao provimento, porém dentro da mesma estrutura ('processo’)”.⁴⁵² Segundo observa, o desacato à ordem do juiz implica terapia diferente da ordinária, relativa à sentença condenatória: a privação da liberdade, nota que aproximaria a sentença em questão de medidas como o *contempt of court* do direito anglo-saxônico.⁴⁵³

Assim, por meio da eficácia em questão, o autor pleitearia uma ordem para alguém, e ninguém mais, adotar um comportamento predeterminado, ao passo que, por meio da eficácia condenatória, o autor pretenderia “obter a reprovação da conduta do réu, ordenando que sofra a execução”. Por intermédio da eficácia executiva, de outra parte, o requerente pediria ao juiz que extraísse um bem da esfera jurídica do réu, passando-o para a sua própria esfera jurídica.⁴⁵⁴

Procurando pôr evidência tais diferenças, Araken menciona como exemplo de ação mandamental a demanda movida pelo Ministério Público em desfavor de empresa poluidora, pleiteando ordem judicial para fazer cessar a

⁴⁵¹ ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, São Paulo : RT, 11. ed., 2007, p. 85, nota nº 80, e p. 86. Assim também o pensamento de Luiz Orione Neto e Sérgio Michel de Almeida Chaim. Com efeito, na esteira de Pontes de Miranda, observam ser mandamental a ação é “que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz manda”. Além disso, “face à correlação entre ação e sentença, conclui-se facilmente que na sentença mandamental o Estado-juiz, ao invés de simplesmente proferir um julgamento (...), ele manda, ordena, exige que se faça” (*Sentenças mandamentais e determinativas*, RePro, 45:54-69, esp. p. 55). Ademais, identificam como pressupostos da sentença mandamental (reproduzindo, de maneira acrítica, o pensamento exposto no *Tratado das ações*), a pretensão pré-processual à tutela jurídica, a pretensão e a ação de direito material (*op. cit.*, p. 57). Define a sentença mandamental, na mesma linha, Simone Duque de Miranda (*A auto-executoriedade*, *cit.*, p. 545). Outrossim, sob o prisma da efetividade da jurisdição, entende a autora que a sanção “há de estar sempre presente no *decisum*, concomitantemente com a ordem, posto que é o que lhe dá eficácia” (*op. cit.*, p. 553). O meio de coerção seria, portanto, elemento complementar do mandamento e, conseqüentemente, coessencial para a definição da mandamentalidade.

⁴⁵² ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, *cit.*, p. 86.

⁴⁵³ ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, *cit.*, p. 85.

⁴⁵⁴ ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 7.

atividade nociva. O provimento judicial, por si mesmo, todavia, não se mostra suficiente para entregar o bem da vida ao vitorioso, fazendo-se necessária atividade ulterior do órgão judicial (dentro do mesmo processo) no sentido da imposição de meios de coerção, como a multa periódica e a ameaça de prisão.⁴⁵⁵

10. De acordo com José Maria Rosa Tesheiner, a sentença condenatória suporia “a possibilidade de posterior execução”, sendo que executar, no sentido próprio do termo, significaria “tirar bens do devedor para satisfazer o credor”. Isso posto, o destacado docente entende como mandamentais as sentenças que, por não serem auto-suficientes (como as declaratórias e constitutivas), exigem atos posteriores que não têm natureza executiva, por não implicarem a subtração de bens.⁴⁵⁶ Em suma, reportando-se ao pensamento civilístico de Pontes de Miranda, observa que “mandamental é o ato que cria dever”.⁴⁵⁷

Haveria, assim um “vácuo” entre a declaração e a constituição, de um lado, e a condenação de outro, espaço esse “que veio a ser preenchido com a idéia de sentença mandamental: a que exige ato ulterior de cumprimento, diverso de execução”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ ARAKEN DE ASSIS, *Cumprimento da sentença*, cit., p. 10.

⁴⁵⁶ Para maior clareza, reproduzo na íntegra a passagem de interesse para o tema da classificação das formas de tutela jurisdicional: “Explico, em breves palavras, o que entendo por sentença mandamental. Suponho que o leitor conheça, ainda que superficialmente, a classificação de Pontes de Miranda: sentenças declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. Pois bem: as sentenças declaratórias e constitutivas têm de comum a circunstância de serem auto-suficientes. A sentença condenatória, pelo contrário, supõe a possibilidade de posterior execução. Define-se, aliás, a sentença condenatória como aquela que cria o título executivo, isto é, a que abre as portas para a execução. Ora, fixou-se na doutrina um conceito bastante restrito de execução civil: executar é tirar bens do devedor para satisfazer o credor. Cumpre-se a sentença condenatória, no mundo dos fatos, mediante atos de execução. Percebe-se que há sentenças que não são auto-suficientes, porque exigem atos posteriores, mas que não podem ser definidas como condenatórias, porque se trata de atos não têm natureza executiva: não consistem na subtração de bens do devedor para satisfazer o credor. Essas são as sentenças mandamentais. Observe-se que a extensão conceitual da sentença mandamental é inversamente proporcional à do conceito de execução. Se, no limite extremo, definimos como execução qualquer ato que implique cumprimento de sentença, não resta espaço para a sentença mandamental.” (JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *Sentença mandamental* (2), disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/sentencamandamental2.htm>, acessado em 18.12.2007).

⁴⁵⁷ JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *O problema da classificação da sentença por seus efeitos*, RCGE, 14(1976):41-80, esp. p. 71.

⁴⁵⁸ JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER, *Sentença mandamental*, disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/sentencamandamental.htm>, acessado em 18.12.2007. Para o processualista gaúcho, enfim, sentença mandamental “é a que se completa

Além disso, a categoria em questão estaria relacionada à dissociação entre a pessoa e o patrimônio do devedor, no sentido de que a execução recairiam sobre os seus “e na exata medida do crédito executado”, ao passo que o “mandamento dirige-se à pessoa do destinatário (que pode ser um terceiro); admite medidas de coerção pessoal, inclusive prisão por eventual crime de desobediência”, inexistindo, ademais, “exata proporcionalidade entre meios e resultados: o valor das *astreintes* pode ser superior ao resultado econômico desejado.”⁴⁵⁹

Em outra perspectiva, o jurista gaúcho identifica a essência da mandamentalidade na *criação de um dever jurídico*. Com efeito, todas as sentenças seriam ou declaratórias ou constitutivas. As declaratórias caracterizar-se-iam por operarem transformação idêntica, no sentido de que, após o decisório, encontra-se exatamente o mesmo estado de fato que havia antes dela. As constitutivas, por sua vez, criariam, modificariam ou extinguiriam relações jurídicas. As decisões condenatórias particularizar-se-iam pela criação do título executivo, isto é, do poder de executar (sempre no sentido de transferir bens), ao passo que as mandamentais, pela criação de um novo dever jurídico.

Daí a conclusão final de que as sentenças mandamentais, juntamente com as condenatórias (embora distintas) seriam, no fundo, sentenças constitutivas incompletas, “no sentido de que, para a satisfação do autor, se exige ato ulterior: o adimplemento da obrigação ou a execução ou o cumprimento da ordem”.⁴⁶⁰

11. Conforme o pensamento de Edson Ribas Malachini, a cominação implicaria adiantamento de condenação.⁴⁶¹ A multa periódica prevista na legislação processual e em outras leis não seria verdadeiramente capaz de forçar o devedor ao adimplemento, limitando-se a dar-lhe a opção entre cumprir a sentença ou sofrer a consequência cominada.⁴⁶²

por ato não definível como executivo” (*Elementos para uma teoria geral do processo*, São Paulo : Saraiva, 1993, cit., p. 151).

⁴⁵⁹ TESHEINER, *Sentença mandamental*, cit.

⁴⁶⁰ TESHEINER, *Elementos*, cit., p. 148. No mesmo sentido, *idem*, *O problema da classificação da sentença*, cit., p. 79; *idem*, *Sentença mandamental*, cit.

⁴⁶¹ MALACHINI, *As ações*, cit., n. 5.2, p. 31.

⁴⁶² *Ibidem*.

A verdadeira sentença mandamental não deixaria alternativa ao destinatário, seguindo-se necessariamente o cumprimento do mandado. Desnecessária, portanto, a cominação de multa, pois a consequência para o eventual descumprimento já estaria previamente estabelecida na lei penal como crime de desobediência.⁴⁶³ Em síntese, a sentença somente poderia ser considerada mandamental quando o destinatário da ordem estivesse sujeito a persecução criminal em razão de crime de desobediência ou outro definido na lei penal.⁴⁶⁴

Ainda segundo essa perspectiva, seria possível ao juiz acrescentar, paralelamente à ordem, a cominação, que, nesse particular, não teria característica mandamental, mas condenatória. Mero reforço à ordem, que não participa da natureza mandamental.⁴⁶⁵

12. Para Fredie Didier Jr., o elemento comum entre as ações executivas mandamentais e as ações executivas em sentido lato residiria na chamada 'força executiva própria': "podem ser efetivadas no mesmo processo em que foram proferidas, independentemente da instauração de um novo processo e da provocação do interessado", de modo que o juiz, "no corpo da sentença, já determinará quais as providências devem ser tomadas para a efetivação da decisão". Ambas seriam sentenças oriundas das "chamadas ações sincréticas, pois além de certificar também serviriam à efetivação da providência determinada".⁴⁶⁶ Nisso se distinguiriam das ações verdadeiramente condenatórias, que requereriam, no sistema original do CPC/1973, a formação de nova relação processual destinada à sua realização efetiva.

Todavia, segundo argumenta o escritor baiano, com a edição da Lei nº 11.232/2005, a distinção em questão teria perdido um pouco sua importância, pois não, sendo mais necessária a instauração do processo de execução para as sentenças condenatórias, todas as ações de prestação (incluindo as duas primeiras) seriam sincréticas e, portanto, condenatórias.⁴⁶⁷

⁴⁶³ MALACHINI, *As ações*, cit., n. 5.2, p. 33.

⁴⁶⁴ MALACHINI, *As ações*, cit., n. 6.1, p. 37.

⁴⁶⁵ MALACHINI, *As ações*, cit., n. 6.1, p. 37.

⁴⁶⁶ FREDIE DIDIER JR., *Curso de direito processual civil*, Salvador : Jus PODIVM, vol. 1, 8. ed., 2007, p. 181.

⁴⁶⁷ DIDIER JR., *Curso*, cit., p. 182.

De acordo com a linha de raciocínio adotada pelo autor em questão, a distinção entre a ação executiva *lato sensu* e a ação mandamental, em contrapartida, partiria da diferença entre coerção direta e indireta: a primeira modalidade de ação visa à efetivação do provimento jurisdicional por sub-rogação ou execução direta; a segunda, por seu turno, por coerção pessoal ou indireta.

Finalmente, pondera ser criticável a terminologia consagrada (“ação mandamental”). De fato, revelando nítido preconceito em relação à execução indireta, teria por ação verdadeiramente ‘executiva’ apenas a executiva *lato sensu*. De acordo com Didier, melhor seria substituir os termos tradicionais por “ação executiva *lato sensu* por coerção direta” e “ação executiva *lato sensu* por coerção indireta” (= ação mandamental).⁴⁶⁸

3.2. A mandamentalidade como forma de tutela jurisdicional

1. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, assumindo postura original, procura libertar-se da perspectiva da ação (material), ao propor sejam os qualificativos “declaratória”, “constitutiva”, “condenatória”, “mandamental” e “executiva” apostos apenas à tutela jurisdicional.

Em verdade, a própria categoria da ação (material) deveria ser abandonada, por se tratar de conceito contraditório.

Sua aplicação ao campo da classificação das sentenças também se mostra pouco fecundo, visto que existência (eventual) da ação somente poderia ser afirmada ao final do processo, nunca no início dela, antes mesmo do inafastável confronto de idéias entre as partes.⁴⁶⁹

No fundo, o agir do juiz jamais poderia ser comparado pura e simplesmente ao agir do particular, “dada a natureza diferenciada da tutela jurisdicional e a forma substitutiva de que se reveste, destinada a reconstruir a realidade fora do processo e não apenas reproduzi-la”.⁴⁷⁰

2. Nesse contexto, o objeto a que se poderia aplicar a classificação eficaz quinária de Pontes de Miranda não seriam as inexistentes ações

⁴⁶⁸ DIDIER JR., *Curso*, cit., p. 183.

⁴⁶⁹ CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema da eficácia da sentença*, RF, 369:39-49, esp. p. 43.

⁴⁷⁰ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema*, cit., p. 45.

materiais, mas as próprias tutelas jurisdicionais. De fato, as cinco classes de eficácias – incluindo a mandamental – apresentar-se-iam am como formas de tutela outorgadas a quem tenha razão.⁴⁷¹

A determinação concreta de cada uma delas, entretanto, dependeria de uma série de fatores, dos quais assumiriam destaque a conjugação entre os princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica, o pedido e a resposta, bem como as questões apreciáveis de ofício pelo juízo.⁴⁷² A preferência, entre as classes de sentenças apontadas, seria conferida àquela que tutelasse o interesse do autor da maneira mais efetiva possível.

3. Nesse contexto, a concretização da tutela declaratória se justificaria apenas diante de uma crise de certeza, mostrando-se adequada à afirmação de qualquer direito. A tutela constitutiva, por seu turno, vincular-se-ia aos direitos que determinam uma modificação jurídica em sentido lato, operando a criação, alteração ou extinção da situação jurídica. Já a tutela condenatória seria própria das obrigações pecuniárias (obrigações de entregar dinheiro), permitindo a chamada execução por sub-rogação.⁴⁷³

Ressalta que o acolhimento dos pedidos declaratório e constitutivo exige comportamento meramente passivo do demandado no sentido de respeitar o preceito contido na declaração, no primeiro caso, e de e de agir em conformidade com a nova situação jurídica estabelecida no comando sentencial.⁴⁷⁴ No caso da condenação, em contrapartida, o comportamento esperado do réu seria ativo, consistindo no pagamento da dívida.⁴⁷⁵

4. A tutela executiva *lato sensu*, conforme a visão de Alvaro de Oliveira, atua sobre o patrimônio e não sobre a vontade do obrigado.⁴⁷⁶ Vincular-se-iam,

⁴⁷¹ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema*, cit., p. 46; *Curso* (obra em elaboração), § 6, n. 1: “O processo exhibe diversas finalidades ou funções, predispostas em razão da lesão alegada pelo autor e da adequação do meio para erradicar o ilícito e garantir a satisfação da situação material protegida pelo sistema jurídico. Em face desses elementos, estabeleceram-se as seguintes formas de tutela jurisdicional: a) declaratória; b) constitutiva; c) condenatória; d) executiva; e e) mandamental.”

⁴⁷² C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema*, cit., p. 46-47. Para um tratamento mais abrangente da questão, vide, do mesmo autor, *Tutela jurisdicional (teoria e prática)*, cit., n. 26, p. 142-175

⁴⁷³ CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento*, AJURIS, 100:59-72, esp. p. 67.

⁴⁷⁴ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas de tutela*, cit., p. 67.

⁴⁷⁵ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas de tutela*, cit., p. 69.

⁴⁷⁶ O autor adota a expressão “tutela executiva *lato sensu*” para diferenciar a forma da tutela em questão da tutela executiva desenvolvida nos processos de execução específicos,

por conseguinte, às obrigações de entregar e aos deveres de restituir coisa (excluídas as obrigações de dar vinculadas à constituição de direito real, que não dispensariam, no direito brasileiro, a tradição ou o registro), compreendendo ainda as obrigações de prestar declaração de vontade (arts. 466-B e 466-C, do CPC). Essa forma de tutela também estaria consagrada explicitamente no art. 461-A do CPC. Conforme destaca, o comportamento esperado por parte do demandado também seria ativo, na medida em que dele se requer o cumprimento do dever de entregar ou restituir, com a peculiaridade de que, em caso de não-atendimento, a coação estatal recairá sobre bens que integram o patrimônio do próprio autor.⁴⁷⁷

5. Conforme a perspectiva adotada por Alvaro de Oliveira, a tutela mandamental encontraria “seu específico campo de aplicação quando se trata de agir sobre a vontade da parte demandada e não sobre seu patrimônio, distingue-se, assim, por esse aspecto essencial, tanto da tutela condenatória quanto da tutela executiva lato sensu”.⁴⁷⁸ Caracteriza-se, portanto, por atuar sobre a vontade do demandado, o que é conseguido com recurso a meios de coerção, como a multa diária (*astreinte*). Mostra-se inconfundível, assim, com a tutela condenatória, que não contém ordem dirigida ao devedor e que atua apenas sobre o patrimônio do obrigado, mediante meios sub-rogatórios.⁴⁷⁹

6. O campo mais adequado à sua atuação seria o dos direitos absolutos, relacionados a deveres gerais de abstenção, assim como o terreno das obrigações de fazer e não-fazer, em face do § 1º do art. 461 do CPC.⁴⁸⁰ Esse dispositivo legal justamente teria importado flagrante inversão do princípio tradicional segundo o qual ninguém pode precisamente ser coagido a fazer alguma coisa, na medida em que autorizou explicitamente o constrangimento indireto.⁴⁸¹

7. Cássio Scarpinella Bueno, se bem que com matizes próprios, também concebe a idéia de uma tutela jurisdicional mandamental. Segundo ele, “por

que se iniciam com a apresentação do título executivo (C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas de tutela*, cit., p. 70, nota nº 19; *idem*, *Tutela jurisdicional [teoria e prática]*, cit., n. 58, p. 239).

⁴⁷⁷ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas de tutela*, cit., p. 70-71.

⁴⁷⁸ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional (teoria e prática)*, cit., n. 56, p. 230.

⁴⁷⁹ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas de tutela*, cit., p. 71.

⁴⁸⁰ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Formas de tutela*, cit., p. 69.

⁴⁸¹ *Ibidem*; *idem*, *Tutela jurisdicional (teoria e prática)*, cit., n. 56, p. 232.

tutela mandamental deve-se entender a tutela que pretende extrair do devedor o cumprimento voluntário da obrigação, isto é, que pretende que o próprio obrigado, por ato seu, cumpra a obrigação, tal qual lhe foi imposta pela lei ou ajustada, por contrato, entre as partes, embora instado judicialmente a tanto”.⁴⁸² Acentua trata-se de cumprimento voluntário, mas não espontâneo.

Conforme destaca, essa forma de tutela, diferentemente da condenatória e executiva, não atua por intermédio de mecanismos sub-rogatórios de caráter patrimonial, mas por meio de coerção psicológica exercida sobre o próprio réu (não sobre seus bens), servindo, para tanto, instrumentos como a multa periódica e a prisão civil.⁴⁸³

Assinala, de outra parte, o fato de que a mandamentalidade, diferentemente da tutela condenatória, é passível de ser modelada pelo juiz em função das peculiaridades fáticas do caso concreto, como se extrai do § 6º do art. 461 do CPC (com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.444/2002), que autoriza a modificação da periodicidade, valor e prazo de exigibilidade.⁴⁸⁴

4. Visões que questionam a mandamentalidade

Após o estudo dos autores que defendem a mandamentalidade como característica de certas ações, sentenças, ou até mesmo de uma forma de tutela jurisdicional, cumpre examinar argumentos formulados pela doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, em sentido contrário.

4.1. No âmbito da doutrina européia

1. Leo Rosenberg sublinha que o equívoco fundamental de teoria dos “Anordnungsurteile” residiria no fato de ter considerado os efeitos da sentença (“Wirkungen”) em lugar do seu respectivo conteúdo (“Inhalt”).⁴⁸⁵

⁴⁸² SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, São Paulo : Saraiva, vol. 1, 2007, p. 306.

⁴⁸³ SCARPINELLA BUENO, *Curso*, vol. 1, cit., p. 306.

⁴⁸⁴ SCARPINELLA BUENO, *Curso*, vol. 1, cit., p. 307.

⁴⁸⁵ LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, München : Beck, 5. Aufl., 1951, § 87, p. 378: “In Wirklichkeit stellt *Kuttner* einen ganz anderen Maßstab auf, als bei

2. No mesmo sentido alinha-se Gerhard Lüke, reprovando a Kuttner por ter levando em consideração simples efeitos (“Wirkungen”) da sentença.⁴⁸⁶ Demais disso, destrói um a um os exemplos alinhados pelo descobridor dos “Anordnungsurteile”, enquadrando-os ora como casos ora de sentença declarativa, ora de sentença constitutiva.⁴⁸⁷
3. Jaime Guasp, por sua vez, identifica como principal erro de Kuttner, ter levado em consideração não a natureza do provimento, mas o caráter publicístico de seu destinatário.⁴⁸⁸
4. Finalmente, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo não chega a negar nem a defender a categoria. Sem tecer maiores comentários críticos, limita-se, em nota à tradução espanhola do tratado de Direito Processual Civil de James Goldschmidt, a afirmar que a categoria das ações mandamentais não logrou alcançar grande difusão ou amadurecimento na doutrina. De qualquer maneira, alinha alguns exemplos do Direito Processual Civil espanhol que se enquadrariam na classe de ações identificada pelo jurista alemão.⁴⁸⁹

4.2. No âmbito da doutrina brasileira

1. Alguns juristas pátrios simplesmente rechaçam a própria categoria das ações e sentenças mandamentais, levando em consideração principalmente a formulação de Kuttner, por eles considerada inadequada para fins de classificação dos atos sentenciais.

der Unterscheidung der Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsurteile angewendet ist, und nimmt die *Wirkung*, nicht den *Inhalt* der Urteile zum Ausgangspunkt; es ist bezeichnend, daß *Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage*, S. 496, Note 2615, zu den Anordnungsurteilen auch die Leistungsurteile zählt.”

⁴⁸⁶ GERHARD LÜKE, *Zum zivilprozessualen Klagensystem*, Juristische Schulung, 9. Jahrgang, Heft 7 (Juli 1969):301-307, esp. p. 302.

⁴⁸⁷ LÜKE, *Zum zivilprozessualen Klagensystem*, cit., p. 302-303.

⁴⁸⁸ JAIME GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid : Aguilar, tomo 1, 2. ed., 1948, p. 336, nota nº 1: “No deben configurarse como um tertium genus de la división establecida ni las llamadas acciones con predominante función ejecutiva ni las acciones de mandamiento ni las acciones cautelares. (...) las segundas, introducidas en la sistemática procesal, por Kuttner: *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, 1914, p. 21 y ss., no constituyen una categoría procesal congruente con las anteriores, puesto que no se fijan en la naturaleza de la petición, sino en el especial destinatario del fallo que se solicita: un órgano del Estado distinto del jurisdiccional”.

⁴⁸⁹ JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, trad. Por Leonardo Prieto Castro, adiciones sobre la doctrina y la legislación española por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Barcelona : Labor, 1936, nota à p. 115.

Este é o caso paradigmático de José Frederico Marques. Invocando apenas as ponderações de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Jaime Guasp, entende ele que esta categoria, além de ser pouco difundida e de gozar, conseqüentemente, de escassa aceitação doutrinária, não se fundamentaria, como as demais, na essência peculiar da prestação jurisdicional, mas no aspecto accidental do destinatário da sentença.⁴⁹⁰

Ao contrário desse autor, que se apóia exclusivamente em opiniões alheias, Alfredo Buzaid demonstrou ter examinado diretamente o pensamento do polêmico jurista alemão inventor da classe em questão. Reportando-se expressamente aos termos de Kuttner, ensina que, “em qualquer hipótese”, a característica das sentenças mandamentais “está em que o juiz, sem resolver por si mesmo a relação de direito privado que constitui a lide, expede a outro órgão do Estado, autoridade ou funcionário público, ordem concreta para praticar ou deixar de praticar um ato compreendido dentro dos poderes do seu cargo e isso é conseqüência de novo pedido da parte vencedora”.⁴⁹¹

A propósito da classificação científica do mandado de segurança, o ilustre professor sustenta não ser o mandamento do juiz, proferido quando da procedência dessa ação, elemento autônomo, nem forte o suficiente para estabelecer quarta classe de ações paralela às declaratórias, constitutivas e condenatórias.⁴⁹²

⁴⁹⁰ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro : Forense, vol. II, 1958, n. 285, p. 58: “Essa categoria de ações, como observa ALCALÁ-ZAMORA, além de pouco difundida, não atingiu ao grau de maturação alcançado pelas demais categorias do direito de agir. E a razão é simples: não há lugar para uma nova espécie de ação, com êsse título. A ação mandamental, no dizer de GUASP, não é categoria processual congruente com as anteriores [ações], pois não se funda em natureza peculiar do pedido ou prestação jurisdicional invocada, e sim, no destinatário especial da sentença, que é um órgão do Estado diferente do judicial.”

⁴⁹¹ ALFREDO BUZAID, *Do mandado de segurança*, Revista Forense, 164(1955):7-16, esp. p. 10: “PONTES DE MIRANDA explica de modo diverso a índole do instituto [referindo-se ao mandado de segurança], atribuindo-lhe caráter tipicamente *mandamental*. Parte da conhecida categoria, que KUTTNER incluiu na classificação das ações segundo a natureza do provimento jurisdicional e foi adotada por GOLDSCHMIDT. Mas, segundo a melhor doutrina, a sentença mandamental não constitui uma categoria autônoma na classificação das ações”.

⁴⁹² ALFREDO BUZAID, *Do mandado de segurança*, São Paulo : Saraiva, vol. 1 (do mandado de segurança individual), n. 36, p. 73: “A decisão é, pois, o antecedente necessário; o mandado, o conseqüente lógico. Este não existe sem aquele. Em suma, considerá-lo uma contra-medida de execução será ver o fenômeno jurídico em apenas um de seus aspectos, ou seja, o efeito da decisão, desprezando os demais, nomeadamente a *eficácia da sentença*, que resolve a lide entre o impetrante da segurança e a autoridade reputada coatora. A *mandalidade* não é, em conseqüência, um objetivo autônomo apto a criar uma nova categoria de ação, ao lado da declaratória, constitutiva e condenatória.” Em verdade, como explicita alhures, “na

No mesmo sentido, enquadram-se as críticas de Celso Agrícola Barbi, expostas nos *Comentários ao CPC*,⁴⁹³ e de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em edições antigas de seu *Curso de teoria geral do processo*.⁴⁹⁴

2. Outros autores, diferentemente, assimilam as sentenças mandamentais às sentenças condenatórias, como é o caso de Humberto Theodoro Júnior. Tratando ainda da sistemática anterior à Lei nº 11.232/2005, entende que a categoria se justificaria não com referência à natureza distinta do provimento jurisdicional (em relação aos demais), mas em razão do fato de misturar, no mesmo processo, cognição e execução. Tais procedimentos – denominados, assim, com justiça, de “especiais” –, quando muito, é que poderiam ser qualificados como executivos *lato sensu* ou mandamentais.⁴⁹⁵

sentença de mérito decide o órgão judiciário competente se o impetrante é titular de direito líquido e certo e se o ato impugnado é ilegal ou abusivo de poder; estando provados os dois pressupostos constitucionais, acolhe o pedido; em caso contrário, rejeita o mandado de segurança” (Da sentença no mandado de segurança, *in*: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira [org.], *Saneamento do processo : estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre : Fabris, 1989, p. 73-82, esp. p. 78).

⁴⁹³ CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 1 vol., 10. ed., 1998, n. 40, p. 41 “Alguns autores acrescentam ainda as ações mandamentais, que são as que pretendem obter uma sentença mandamental; mas essa classe de ações mandamentais não tem logrado maior aceitação na doutrina, parecendo-nos que não constituem espécie distinta das demais ações”. Em nota, o autor acrescenta que “o mandado dirigido a outro órgão Estado pode ser consequência de uma sentença declaratória (que declarou a nulidade de um registro público), ou constitutiva (que anulou um registro público), ou condenatória (que condenou o Estado a restituir um imóvel). Assim se vê que a categoria das ações e sentenças mandamentais só pode ser admitida em outra classificação, na qual o elemento classificador seja a existência, ou não, de um mandado a outro órgão do Estado” (*ibidem*, nota n. 51).

⁴⁹⁴ ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA; ADA PELLEGRINI GRINOVER; CÂNDIDO R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 5. ed., 1985, n. 174, p. 270-271: “Ao lado da tripartição tradicional, alguns autores colocam a ação mandamental, tendente a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio de sentença judicial. Seria o caso da sentença proferida contra oficial do Registro Público, para retificação do nome, ou a que concede mandado de segurança. Nota-se, porém, que não se trata de categoria processual congruente com as anteriores, pois não se funda na natureza peculiar da prestação jurisdicional invocada, mas, sim, no destinatário da sentença.” Todavia, Ada Pellegrini Grinover, em face dos arts. 84 do CDC e 461 do CPC, passou a entender não ser mais possível negar a existência da sentença mandamental, pois restaria definitivamente incorporada ao processo civil comum (*Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer*, AJURIS, 65[novembro/1995]:13-30, esp. p. 26).

⁴⁹⁵ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro : Forense, vol. 1, 47. ed., 2007, n. 499, p. 583-584: “Há quem advogue a existência, também, de sentenças *executivas e mandamentais*, que seriam diferentes das condenatórias porque não preparariam a execução futura a ser realizada em outra relação processual, mas importariam comandos a serem cumpridos dentro do mesmo processo em que a sentença foi proferida, dispensando, dessa maneira, a *actio iudicati* (v. g. ações possessórias, de despejo, mandado de segurança etc.). Nas mandamentais, outrossim, o desrespeito à ordem judicial, além das

Crítica, ademais, as teorias que procuraram identificar a distinção entre as sentenças condenatória, de um lado, mandamental e executiva *lato sensu*, de outro, na existência ou não de execução dentro da relação processual em que proferida a sentença. De fato, pelo objeto do provimento judicial não existiria diferença alguma, pois todas essas sentenças “se referiam a accertamentos de direitos violados e de sanções correspondentes”; sendo que a única particularidade residiria, segundo ele, na forma de operação dos efeitos condenatórios. O equívoco residiria, por conseguinte, no critério mesmo de classificação, que ora seria o conteúdo (= objeto) da decisão, ora os seus efeitos.⁴⁹⁶

Segundo entende, nem mesmo sob a égide da nova legislação a situação teria se alterado, pois “as sentenças, como sempre, continuarão ser, segundo o conteúdo, declaratórias, constitutivas e condenatórias”. Em verdade, na esteira do que propõe Theodoro Júnior, teria desaparecido por completo a própria razão de ser da classe das sentenças mandamentais, uma vez que, na lógica instituída pela Lei nº 11.232/2005, “todas as sentenças são de cumprimento independente de ação executiva autônoma”, realizando-se por intermédio “de mandado expedido após sua prolação, na mesma relação processual em que se formar a sentença”. O sistema, portanto, seria “o da *executio per officium iudicis* e não mais o da *actio iudicati*”.⁴⁹⁷

3. José Roberto dos Santos Bedaque, por seu turno, rejeita a idéia de que a essência da sentença mandamental residiria na emissão de uma ordem, ato que somente o juiz, por exercer poder estatal, poderia praticar.⁴⁹⁸ E isso porque

medidas executivas usuais, acarretaria responsabilidade penal para a parte que não a cumprisse voluntariamente. Essas peculiaridades, a meu ver, não são suficientes para criar sentenças essencialmente diversas, no plano processual, das três categorias clássicas. Tanto as que se dizem executivas como as mandamentais realizam a essência das condenatórias, isto é, declaram a situação jurídica dos litigantes e ordenam uma prestação de uma parte em favor da outra. A forma de realizar processualmente essa prestação, isto é, de executá-la, é que diverge. A diferença reside, pois, na execução e respectivo procedimento. Sendo assim, não há razão para atribuir uma natureza diferente a tais sentenças. O procedimento em que a sentença se profere é que foge dos padrões comuns. Esse, sim, deve ser arrolado entre os especiais, pelo fato de permitir que numa só relação processual se reúnam os atos do processo de conhecimento e os do processo de execução. O procedimento é que merece a classificação de executivo *lato sensu* ou mandamental.”

⁴⁹⁶ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 2. ed., 2007, p. 133-134.

⁴⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas*, cit., p. 135-136.

⁴⁹⁸ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo : Malheiros, 2006, p. 513.

o ato ilegal, praticado por autoridade e contrário a direito líquido e certo já poderia ser corrigido na via administrativa, não se fazendo indispensável, assim a intervenção judicial.⁴⁹⁹

De outra parte, considera o processualista que “a especificidade dessa modalidade de tutela jurisdicional está exclusivamente na vontade do legislador”, que poderia, assim, dispor das tutelas jurisdicionais a seu bel-prazer, transformando livremente uma em outra.⁵⁰⁰ Justamente por isso, o traço distintivo entre condenatoriedade e mandamentalidade não pode ser buscado na exigência de instauração de processo de execução.⁵⁰¹

Invocando lição de José Ignácio Botelho de Mesquita, entende que a “mandamentalidade não está na natureza da sentença, mas na forma de efetivá-la”.⁵⁰² A essência estaria, portanto, na forma de realização do efeito, não no conteúdo.⁵⁰³ Nessa ótica, o elemento mandamental reside na emissão de uma ordem acompanhada de medidas coercitivas destinadas a fazer com que o destinatário a obedeça (em lugar de simplesmente determinar a prática de atos materiais de sub-rogação, como ocorre com a condenação). As sentenças mandamentais distinguir-se-iam, portanto, das puramente condenatórias.⁵⁰⁴

Apesar de reconhecer a mandamentalidade, Bedaque pondera que essa nota, por dizer respeito apenas à forma de atuação dos efeitos da decisão judicial, não é suficiente para a criação de uma quarta classe de sentenças, paralela à classificação ternária tradicional.

⁴⁹⁹ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 514.

⁵⁰⁰ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 514; 519; 529, nota nº 41.

⁵⁰¹ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 516-517.

⁵⁰² BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 517, nota nº 19.

⁵⁰³ Cf. BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 518-519, nota nº 20. Na mesma linha, situa-se Flávio Luiz Yarshell (*Tutela jurisdicional*, São Paulo : DPJ Editora, 2. ed., 2006), para quem o traço peculiar das sentenças mandamentais residiria no modo pelo qual são praticados os atos de execução: trata-se de sentenças que impõem ao réu uma prestação, mas que não são remetidas à forma tradicional da instauração de um novo processo de execução.

⁵⁰⁴ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 515: “Também se afirma que a grande característica da sentença mandamental é ensejar a realização in natura do direito pleiteado. Não obstante a ordem nela contida, todavia, é necessário que o destinatário a cumpra a fim de que se obtenha esse resultado in natura. Se ele resistir será necessário valer-se dos mecanismos destinados a efetivá-la coercitivamente. Aqui está, pois o traço distintivo dessa espécie de sentença. A técnica destinada a efetivá-la não é a prática de atos materiais de sub-rogação, mesmo porque a natureza do direito material não os comporta. Exatamente por isso, vale-se o legislador de outros meios: ordem acompanhada de medidas destinadas a fazer com que o destinatário a obedeça.”

A partir da situação de direito material posta em juízo, não haveria diferença ontológica entre condenar e ordenar.⁵⁰⁵ E isso porque a situação ou crise de direito material sobre a qual incidiriam os efeitos da tutela jurisdicional seria substancialmente a mesma: o inadimplemento de obrigação de dar, fazer ou não-fazer.⁵⁰⁶ Assim, o objeto da tutela condenatória, em sentido amplo, seria “a satisfação do direito a uma condita ou a uma prestação, em que o não-cumprimento voluntário deu origem à chamada ‘crise de adimplemento’”. Essa tutela representaria assim o reconhecimento da violação ao direito e colocaria a disposição do credor medidas, a serem implementadas pelo Estado, aptas a tornar realidade aquilo que o direito material determina, com o fito de eliminar a dita violação. Em conclusão, “para cada tipo de obrigação o sistema prevê determinado tipo de mecanismo destinado à obtenção do resultado prático desejado”, procurando, “na medida do possível, adequar o meio às especificidades do objeto”.⁵⁰⁷

Portanto, levando em conta também a crise de direito material a ser solucionada em juízo, a sentença mandamental seria simples modalidade da condenatória (ao lado da executiva *lato sensu*, por ele denominada “condenatória-executiva”).⁵⁰⁸

4. De forma semelhante pensa Alexandre de Freitas Câmara, propondo-se a classificar as sentenças de procedência (não as ações)⁵⁰⁹, de acordo com seu conteúdo (não seus efeitos), em meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias.⁵¹⁰ Após discorrer sobre as várias teorias, conclui, rejeitando as visões que se baseiam na imposição de sanção e abraçando posicionamento atribuído a Eduardo Couture e Elio Fazzalari, que a essência da condenação reside “num comando, uma imposição dirigida pelo juiz ao réu (...) a fim de que este cumpra uma prestação de dar, fazer ou não-fazer”.⁵¹¹ Considera que as sentenças mandamentais não constituem quarta classe, ao lado das três

⁵⁰⁵ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 517.

⁵⁰⁶ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 520.

⁵⁰⁷ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 522.

⁵⁰⁸ BEDAQUE, *Efetividade*, cit., p. 528.

⁵⁰⁹ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, vol. I, 13. ed., 2005, p. 133.

⁵¹⁰ FREITAS CÂMARA, *Lições*, cit., p. 441.

⁵¹¹ FREITAS CÂMARA, *Lições*, cit., p. 446.

tradicionais, situação não modificada com o advento da Lei nº 10.358/2001.⁵¹² Tais sentenças, juntamente com as executivas *lato sensu*, seriam, na verdade, subclasses dentro da classe das condenatórias, distinguíveis unicamente por seus efeitos.⁵¹³ Assim, a “sentença condenatória mandamental” seria “aquela cuja atuação ocorre pelo emprego exclusivo de meios de coerção, não podendo ser executada em razão da natureza do dever jurídico a ser cumprido pelo condenado”.⁵¹⁴ Por conseguinte, entende desnecessária a classificação quinária das sentenças, pois as executivas e mandamentais seriam, na verdade, condenatórias, na medida em que o conceito de condenação seria amplo o bastante para incluí-las.⁵¹⁵

5. Para Arruda Alvim, apesar de terem já sido reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, as sentenças mandamentais poderiam ser assimiladas às constitutivas e às condenatórias, não havendo utilidade prática na distinção.⁵¹⁶

5. Conclusões parciais

1. Após o exame das distintas posições doutrinárias, principiando pelo pensamento medieval, percebe-se que, mesmo após a relativa divulgação das idéias de Pontes de Miranda, reina o completo dissenso acerca da natureza da mandamentalidade.

Assim, principiando pelo tema classificatório, inexistente uma visão unitária a respeito do objeto a ser considerado, propondo-se, de distintas maneiras, a consideração das pretensões e as ações (de direito material), das sentenças, das pretensões processuais “ações processuais”, dos remédios jurídicos e mesmo das tutelas jurisdicionais.

⁵¹² FREITAS CÂMARA, *Lições*, cit., p. 449.

⁵¹³ Assim pensa também José de Albuquerque Rocha: “tais ações estão compreendidas logicamente nas condenatórias das quais constituem uma espécie” (*Teoria geral do processo*, São Paulo : Atlas, 9. ed., 2007, p. 177).

⁵¹⁴ FREITAS CÂMARA, *Lições*, cit., p. 450.

⁵¹⁵ FREITAS CÂMARA, *Lições*, cit., p. 453. No mesmo sentido, o pensamento de Sérgio Bermudes: “Parte de doutrina brasileira, Pontes de Miranda na liderança, vê como sentença mandamental (de mandar, encarregar, cometer, ordenar) a sentença que expede uma ordem, especialmente à autoridade (v. g., as concessivas de mandado de segurança – CF, art. 5º, LXIX e LXX), no sentido de uma prática ou abstenção, mas parece que julgamentos dessa espécie cabem na categoria das sentenças condenatórias” (*Introdução ao Processo Civil*, Rio de Janeiro : Forense, 4. ed., 2006).

⁵¹⁶ ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, vol. 2 (processo de conhecimento), São Paulo : RT, 7. ed., 2000, n. 293, p. 634.

Mesmo a classificação das sentenças esbarra no critério relevante, havendo quem proponha considerar a ação (de material) julgada procedente, ao passo que outros propugnam levar em conta o conteúdo do ato judicial. Seria esse distinto dos efeitos da sentença? Não raro, ainda, encontram-se posições capazes de combinar dois ou mais elementos.

Ainda que se admita a possibilidade de classificar as sentenças por suas cargas de eficácia, imediatante põe-se a questão, sugerida pelos escritos pontiano, de saber quantas seriam, e se restariam todas presentes, ao mesmo tempo, no decisório.

3. Como visto, tem, tem sido recorrente, no ramo da doutrina mais intimamente ligado às idéias inspiradoras do CPC/1973, a tendência clara de reduzir a mandamentalidade à declaração, à constituição, à condenação e mesmo à execução. Põe-se, outrossim, o dilema de definir se o mandamento judicial apresentaria alguma especificidade em si capaz de indicar a necessidade de considerá-lo categoria à parte, se ou seria simples meio de efetivação da sentença, especialmente condenatória

Daí o questionamento, que não pode ser desprezado: estaria a existência da mandamentalidade, enquanto classe de ação, sentença ou tutela, enfim, enquanto categoria do processo civil, sujeita ao puro arbítrio do legislador?

4. Ainda que se aceita a categoria objeto deste estudo, impera a dúvida a respeito da respectiva essência: estaria ela na ordem do juiz? No caráter do destinatário? No meio de coerção utilizado para efetivá-la (i. e., multa, prisão civil, prisão criminal)? Residiria o *quid* da mandamentalidade na existência de atividade judicial posterior à sentença? Seria o mandamento “imposição de uma prestação”? Implicaria a “criação de um dever jurídico” distinto do dever substancial reconhecido na sentença?

5. Também o problema dos direitos a cuja realização a sentença mandamental se destina não encontra resposta uniformemente aceita, podendo-se resumir os distintos posicionamentos em dois grupos: os que reservam a mandamentalidade apenas aos deveres jurídicos alheios ao campo obrigacional e os que a estendem à realização de qualquer dever de fazer e não-fazer. Daí o embate em torno da natureza do provimento autorizado pelo

art. 461, § 5º, do CPC. Resta em aberto, ademais, a aplicabilidade da categoria em questão aos direitos absolutos, bem como aos chamados “novos direitos” proclamados pelo Estado contemporâneo.

6. Outra polêmica que acompanha a categoria da sentença mandamental desde os seus primórdios diz respeito ao destinatário da ordem: se seria apenas a que fosse parte ou unicamente a quem ostentasse a condição de terceiro. Houve em quem entendesse ser a questão indiferente, podendo o imperativo judicial dirigir-se a qualquer um sem que restasse desvirtuada a natureza do *decisum*.

7. O próprio arquétipo da mandamentalidade, do ponto de vista da história do direito e da comparação jurídica, não está imune ao dissenso. Assim, enquanto determinados juristas vêem na ação mandamental um descendente direto dos *interdicta* romanos, para outros seria verdadeira manifestação dos *writs*, *injunctio*s ou do *contempt of court* originários do direito anglo-saxônico.

8. Em conclusão, pode-se resumir toda essa problemática aos seguintes questionamentos: estaria a mandamentalidade ligada à ação material, à tutela jurisdicional ou, ainda, a outro elemento? Qual a natureza da mandamentalidade? O que permitiria distingui-la, especialmente, da condenação e da execução? Que instrumentos ofereceria o ordenamento jurídico, especialmente brasileiro, para efetivar o cumprimento das ordens judiciais?

À busca dessas respostas estará dedicado o Capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3

ESSÊNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL MANDAMENTAL

Sumário: 1. Natureza da mandamentalidade. 2. A mandamentalidade no quadro das formas de tutela jurisdicional. 3. Técnicas de efetivação da tutela jurisdicional mandamental. 4. Conclusões parciais.

Busca-se, no presente Capítulo, encontrar respostas às questões anteriormente levantadas, adentrando-se, assim, na essência mesma da mandamentalidade judicial.

Isso posto, cumpre, inicialmente, definir se a mandamentalidade concerne à ação material ou à tutela jurisdicional. A partir daí, impõe-se especificar a essência da tutela jurisdicional mandamental, distinguindo-a das outras formas de tutela. Finalmente, deve-se abordar as peculiaridades concernentes à efetivação prática da mandamentalidade.

1. Natureza da mandamentalidade

A presente Seção dedica-se à tarefa de selecionar, entre as várias perspectivas possíveis, a saber, a ação de direito material, a pretensão processual, o remédio jurídico processual, a sentença e a tutela jurisdicional, qual a mais adequada à compreensão plena da mandamentalidade, e por que.

1.1. O prisma da ação de direito material

Uma primeira possibilidade, já delineada por autores como Pontes de Miranda, Ovídio A. Baptista da Silva e Araken de Assis seria vincular a mandamentalidade ao conceito de ação de direito material, de modo que ela residiria no plano da incidência. Nessa perspectiva, a sentença de procedência seria mandamental por exigência do próprio direito subjetivo violado.

Por maior interesse que tenha despertado o estudo dessa noção nos últimos tempos, ao ponto de suscitar viva e salutar polêmica⁵¹⁷, indispensável à exata delimitação e compreensão dos conceitos, parece que o prisma da ação material não se revela frutífero para se obter a exata compreensão do mandamento judicial, como se constata a partir das razões a seguir elencadas.

1.1.1. Objeção de ordem gnosiológica

Antes de tudo, impõe-se reconhecer para essa rejeição uma justificativa de ordem gnosiológica. Com efeito, para que a essência da mandamentalidade pudesse residir na ação (portanto, no plano do direito material – pré-processual)⁵¹⁸ seria necessário, em primeiro lugar, que ao juiz fosse dado investigar com total liberdade científica o plano da incidência, o que não ocorre: o julgador encontra-se irremediavelmente jungido à verdade dos autos e a outras disposições constitucionais (devido processo legal, contraditório, proibição de emprego de provas ilícitas) e legais, que o impedem de aceder plenamente à verdade. Daí caber ao magistrado, quando da aplicação do direito, proceder a uma reconstrução da incidência, limitado sempre por essas balizas.⁵¹⁹

⁵¹⁷ Cf. FÁBIO CARDOSO MACHADO; GUILHERME RIZZO AMARAL (org.), *Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva da relação entre direito e processo*, Porto Alegre : Livraria do advogado, 2006.

⁵¹⁸ Para a exata compreensão dos conceitos, entendo a expressão “plano do direito material” como referência à incidência do direito objetivo (direito civil, empresarial, consumerista, da criança e do adolescente, etc) nos fatos da vida, antes e fora do processo judicial. Para mim, portanto, trata-se do plano pré-processual, em que as relações jurídicas, os direitos subjetivos, as pretensões e as exceções materiais (todas categorias próprias desse plano) mostram-se efetivamente existentes, seja na ótica parcial do indivíduo, seja na ótica científica do jurista. O “plano processual” ou “do processo”, para mim, refere-se à aplicação judicial do direito objetivo (direito material e direito processual). Ou seja, à realidade verificada durante o processo (na pendência da lide), momento em que tais categorias se convertem em simples afirmações (James Goldschmidt) e se tornam objeto da cognição judicial segundo os princípios que são inerentes a esse plano. Como se vê, “plano do direito material” não é a mesma coisa que “direito material”, nem “plano do processo”, o mesmo que “direito processual”.

⁵¹⁹ Rejeito firmemente a ideia de que o processo civil contente-se com a busca da “verdade ficta” ao passo que o seria tarefa do processo penal a busca da “verdade real”. A jurisdição implica a busca da verdade, *tout court*. Apenas encontra-se refreada, na litigância civil, a iniciativa do juiz em relação a essa busca. Daí a ideia de uma “verdade possível”, i. e., filtrada pelas afirmações e pelas fontes e meios de prova subministrados pelas partes, abrindo-se espaço, ainda, para verdadeira tutela da aparência (Ovídio A. Baptista da Silva; C. A. Alvaro de Oliveira). Daí a situação não almejada, mas corriqueira, retratada no texto.

Não contribui para a solução do problema, muito antes pelo contrário, partir do ponto de vista subjetivo do indivíduo submetido à incidência do direito material. Com efeito, em princípio, não haveria óbice a que determinada pessoa entenda que tal ou qual norma incidiu sobre este ou aquele fato da vida, juridicizando-o, fazendo nascer determinada relação jurídica na qual se insere um direito subjetivo que, lesado pelo obrigado, deu a ela o poder de reclamar a proteção estatal. Trata-se, contudo, de apreciação subjetiva, unilateral do fenômeno da incidência, concebida sob a ótica de apenas um dos sujeitos da pretensa relação jurídica material. Percepção essa que pode corresponder à realidade, ou não.

Em verdade, segundo demonstrou James Goldschmidt, o próprio processo em razão de sua estrutura essencialmente dialética, transforma as certezas subjetivas de cada indivíduo acerca de seus direitos e deveres em simples expectativas.⁵²⁰ Entenda-se bem: não que o processo converta os fenômenos efetivamente existentes antes e fora do processo em simples ilusões cuja incerteza objetiva somente viria a ser superada com a sentença judicial. O que o processo converte em expectativas são as visões parciais a respeito da incidência das normas jurídicas e seus respectivos efeitos.

Inviável, portanto, caracterizar o que se passa no plano do processo como um embaraçoso parêntese na vida dos direitos subjetivos, posto entre a existência efetiva do direito e da ação (material) dele decorrente e a realização de ambos por parte do juiz.⁵²¹ E isso sem restar afastada a bizarra possibilidade de vir a ser declarado inexistente pelo próprio ato judicial aquilo que já se fazia presente antes, e, portanto, fora do processo.

Fazer a “existência” efetiva do direito depender da sentença seria o mesmo que destruir a distinção entre incidência e aplicação do direito, entendendo-se que o direito somente incide quando é aplicado pelo juiz, o que contradiz frontalmente a realidade dos fatos.

⁵²⁰ GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, cit., p. 56.

⁵²¹ Constatação expressamente admitida por Ovídio A. Baptista da Silva (“Liquidez e certeza do título executivo”, in: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, p. 323-348, esp. p. 332): “Essas categorias jurídicas [referindo-se à pretensão e à ação materiais] terão, porém, sua vigência *suspensa* durante a relação processual, – enquanto sobre elas se controverta –, sendo transformadas em simples hipóteses, em meras probabilidades, cuja existência efetiva somente a sentença poderá proclamar, ao julgar procedente a ação” (o destaque consta do original).

1.1.2. Objeção de ordem conceitual

De outra parte, revela-se pouco inspiradora, para delimitação do poder de ordenar conferido ao juiz – idéia intrinsecamente dinâmica –, uma categoria que é em si mesma contraditória.

Com efeito, a ação material é definida ora como o agir do titular do direito visando à realização do mesmo,⁵²² ora como simples afirmação efetuada em juízo.⁵²³ Nessa segunda perspectiva, o autor exerce unicamente a “ação” processual, sem que essa tenha embutida a ação de direito material; a qual, aliás, não é exercida pela parte, mas pelo juiz, por meio da sentença de procedência.

Ora, afirmar a ação não é o mesmo que agir. Ou se age ou se afirma.⁵²⁴ Como não escapou a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, afirmar a ação seria expressão vazia, um simples “slogan” destituído de conteúdo, uma idéia platônica.⁵²⁵

De outra parte, se a ação material consiste no resultado outorgado ao autor pela sentença de procedência, não se vislumbra como possa a ação existir antes do processo e, assim, justificar a eficácia, e. g., mandamental atribuída ao decisório.⁵²⁶

O conteúdo da sentença, bem como suas múltiplas eficácias e efeitos – incluindo a própria mandamentalidade – podem ser explicados sem recurso ao conceito de ação material que, portanto, mostra-se desnecessário. Convém recordar o velho princípio ontológico, conhecido como “navalha de Occam”, segundo o qual os seres não devem ser multiplicados sem necessidade.⁵²⁷

⁵²² OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, “Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação”, in: MACHADO/AMARAL, *Polêmica sobre a ação*, cit., p. 15-39, esp. p. 19-20.

⁵²³ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição, direito material e processo*, cit., p. 17. No mesmo sentido, no âmbito da doutrina espanhola, Andrés de la Oliva Santos, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona : Bosch, [1980], p. 38.

⁵²⁴ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e tutela jurisdiccional*, cit., p. 101-102.

⁵²⁵ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Direito material, processo e tutela jurisdiccional*, cit., p. 297; *idem*, *Efetividade e tutela jurisdiccional*, cit., p. 102.

⁵²⁶ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e tutela jurisdiccional*, cit., p. 97; *idem*, *Direito material, processo e tutela jurisdiccional*, cit., p. 298

⁵²⁷ Sobre a aplicabilidade do brocardo “entia non sunt multiplicanda sine necessitate”, cf. a advertência do próprio Pontes de Miranda, inteiramente aplicável à categoria em questão: “A navalha de Occam é útil. Mais: é indispensável. Longe estamos, portanto, de tê-la como

Sob outro ângulo visual, a teoria da ação material estabelece polarização inaceitável em torno da posição jurídica do autor, o que impede a compreensão exata do fenômeno processual, que se degrada à condição de simples instrumento posto à disposição dos interesses do autor, em anacrônico retorno ao procedimentalismo vigente no Brasil até o começo do séc. XX. Cumpre considerar, do ponto de vista teórico, as posições jurídicas de ambas as partes (e não menos dos terceiros intervenientes que não se tornam parte no sentido próprio do termo).⁵²⁸

Outrossim, colocar o direito processual (e o processo mesmo) a serviço do direito subjetivo (e da pretensão), como parece propor propõe a teoria da ação material, é tão ruim quanto proclamar a autonomia radical do processo em face do direito material.

Em verdade, essa perspectiva turba a possibilidade de estabelecer uma verdadeira relação entre os planos do processo e do direito material, recordando a “viscosa” confusão originária entre direito e ação, realizada pelas teorias civilistas.⁵²⁹

1.1.3. Objeção de ordem técnico-jurídica

A visão proposta tende a obscurecer o fato de que o direito subjetivo não traz dentro de si os mecanismos necessários à sua própria realização coativa, que se dará no plano do processo, por meio do exercício da função jurisdicional, de acordo com os princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais próprios desse campo.

desaconselhável e muito menos prejudicial. Sequer, como prescindível. Porém, é preciso atender-se a que, se ela corta entidades que são dispensáveis e – segundo o princípio – impede que se multipliquem por necessidade ou comodidade, o espírito humano precisa de conceitos para se exprimir e esses conceitos servem enquanto correspondem a dados experimentais. Cortar toda a vegetação desnudaria o terreno; corta-se a que não serve, deixa-se a que serve e brota outra que foi de mister” (PONTES DE MIRANDA, *O problema fundamental do conhecimento*, Porto Alegre : Livraria do Globo, 1937, p. 239).

⁵²⁸ FAZZALARI, “Procedimento e processo (teoria generale)”, in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, n. 9; *idem*, *Note in tema di diritto e processo*, Milano : Giuffrè, 1957, p. 109-110.

⁵²⁹ FAZZALARI, *Note*, cit., p. 111-112. No dizer elegante de Piero Calamandrei, a ação material revela-se “un’ombra fuggevole proiettata dal diritto soggettivo sullo schermo del processo” (“La relatività del concetto d’azione”, in: *Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti*, Napoli : Morano, 1965, vol. 1, p. 427-449, esp. p. 433).

Em verdade, a proteção estatal ao direito violado não se confunde com a eficácia própria do direito subjetivo, apresentada antes e fora do processo. Nesse contexto, o direito se realiza pelo exercício das faculdades que integram seu conteúdo, bem como pela satisfação dos deveres jurídicos que lhe correspondem (conforme a estrutura própria de cada classe de direito subjetivo).⁵³⁰ Nesse sentido, e. g., o direito de crédito realiza-se pela cobrança da dívida, por parte do credor e pelo conseqüente pagamento, por parte do devedor; o direito de propriedade, pelo exercício dos poderes a ele inerentes (utilização da coisa, prática de atos de disposição, constituição de direito real limitado), assim como pelo cumprimento do respectivo dever de abstenção. Entretanto, quando violado o dever jurídico, o direito subjetivo correspondente passa a reclamar a proteção própria por parte do poder estatal. Impossível esquecer, outrossim, que a faculdade de reclamar a essa proteção é concedida por regra específica de direito constitucional⁵³¹ (e. g., art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil; art. 24 da Constituição italiana; art. 24 da Constituição espanhola; art. 103, III, da Lei Fundamental alemã), estando completamente alheia ao conteúdo do direito tido como violado ou ameaçado de violação.

Mostra-se completamente inadequado, de outra parte, o pressuposto de que a atuação dos órgãos judiciais constituiria simples substituição dos atos de justiça privada, de regra vedados pelo ordenamento jurídico. De fato, em hipóteses como a auto-executoriedade administrativa, o desforço possessório (CC/2002, art. 1.210, § 1º), o embargo extrajudicial de obra nova (CPC, art. 935) e o direito do proprietário de abelhas perseguir o enxame pelas terras vizinhas a fim de obter sua restituição por mão-própria (c. c., art. 713),⁵³² cuida-se do exercício de verdadeira faculdade integrante do conteúdo do direito subjetivo, não se distinguindo, quanto à essência, do exercício dos poderes dispor, usar e fruir, inerentes ao direito real, ou da faculdade de cobrar a dívida, ínsita ao direito de crédito exigível. Aliás, como recorda Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, tais casos obviamente não estão isentos da revisão judicial (CF,

⁵³⁰ FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova : CEDAM, 1984, p. 58-59.

⁵³¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 46, n. 1, p. 271.

⁵³² Exemplos recolhidos por Hermes Zaneti Junior (“A teoria circular dos planos [direito material e direito processual]”, *in*: MACHADO/AMARAL, *Polêmica sobre a ação*, cit., p. 165-196, esp. p. 179-180).

art. 5º, XXXV), encontrando-se despidos, enquanto tais, do “selo da autoridade estatal” e realizados “de forma parcializada pelo próprio interessado, sem as garantias do devido processo legal”.⁵³³ Como se percebe, tais exceções somente vêm a confirmar a regra.

Particularmente sensível mostra-se a situação dos provimentos favoráveis proferidos em sede de mandado de segurança, interdito proibitório e ação para cumprimento de obrigação de não-fazer. Com efeito, somente ao poder judiciário é dado dirigir ordens a outras autoridades estatais, ou mesmo determinar, com o concurso da força pública, medidas necessárias à conservação do estado de fato, bem como dirigir ordens aos privados para que cumpram seus deveres contratuais, dispondo, segundo poder contido no próprio ofício judicial (*ex officio iudicis*), de meios de coerção indireta para alcançar tal objetivo. Não se pode ver, em nenhuma dessas situações, substituição a uma atuação privada.

Do exposto, conclui-se que a tutela jurisdicional não é consequência do direito subjetivo, nem está contida nele, como um poder anexo. Não existe direito à tutela favorável, de modo que a explicação para os casos em que prevalece, no processo, o interesse do autor, deve ser buscada em outro plano.⁵³⁴

1.1.3. Objeção de cunho histórico-ideológico

Na verdade, como demonstraram Piero Calamandrei e Enrico Tullio Liebman, as teorias da ação correspondem a diversas concepções a respeito das relações entre interesse privado e interesse público (i. e., entre indivíduo e Estado) na administração da justiça e do equilíbrio que em um determinado momento histórico se estabelece entre intervenção estatal e iniciativa privada. De certa forma, portanto, todas se justificam dentro do seu próprio momento histórico.⁵³⁵

⁵³³ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema da eficácia da sentença*, p. 51.

⁵³⁴ Contrariamente, Andrés de la Oliva Santos, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., p. 37-38.

⁵³⁵ CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, cit., p. 429; LIEBMAN, “Appendice” (“Azione [teoria moderna]”), in: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 46-47, n. 28, esp., p. 46.

Isso posto, observa-se na teoria da ação material subjaz uma concepção individualista a respeito do direito e do Estado, típica do pensamento liberal.⁵³⁶

De fato, a Escola do Direito Natural Racional pôs a tônica no indivíduo em relação ao Estado, concebendo os direitos (no plural) como conjunto de atributos morais da pessoa, atributos estes seriam invioláveis e, decorrendo da natureza racional do homem, seriam independentes, quanto à existência, da sociedade política e do Estado.⁵³⁷

Da mesma forma, a ação como emanção (“Ausfluß”) do direito subjetivo tem por base subjaz a idéia, de todo coerente com a visão romântica professada pela Escola Histórica (que, nesse particular, não se afastou dos pressupostos iluministas legados pela filosofia jurídica dos séculos XVII e XVIII), de que o direito subjetivo seria independente não apenas da atividade judiciária do Estado, mas também da atividade legislativa.⁵³⁸

Em síntese admirável, Calamandrei demonstra que, nessa concepção, o direito subjetivo, construído como uma arma para realizar a prevalência (“soberania”) do interesse individual, contém dentro de si o poder de reclamar a atuação da força pública. De fato, o Estado não intervém por sua própria iniciativa e para tutela de seus os próprios fins, mas aparece como um terceiro que, a requerimento do credor, empresta seu braço forte (“man forte”) a obter razão em face do adversário e a obter, dessa maneira, a satisfação de seu interesse individual. Nisso tudo, entende Calamandrei, o interesse público não apresenta papel de destaque, a não ser enquanto serve à paz social evitar que os privados façam justiça com as próprias mãos. Em suma, por esse ângulo visual, a autoridade estatal põe-se a serviço do interesse privado do autor, de modo que os personagens do drama judiciário permanecem substancialmente os mesmos que já integravam a relação privada: o credor e devedor; o Estado figura como simples auxiliar e substituto do primeiro.⁵³⁹

⁵³⁶ CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, cit., p. 434. No mesmo sentido, TESHEINER, *Elementos*, cit., p. 103.

⁵³⁷ ORESTANO, “L'azione in generale (storia del problema)”, in: *Enciclopedia del Diritto*. Milano : Giuffrè, vol. IV, 1959, p. 785-822, esp. N; 3, p. 788-789.

⁵³⁸ PEKELIS, “Azione (teoria moderna)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino : UTET, vol. II, 1958, p. 29-46, esp. n. 14, p. 37.

⁵³⁹ CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, cit., p. 434.

Tudo isso se encontra, de certa forma, no conceito de ação material de Pontes de Miranda, o qual, assumindo postura exageradamente eclética (outra característica marcante da Escola de Recife, ao lado do cientificismo e do germanismo), intenta conciliar o individualismo de que se encontra empregado esse conceito com a natureza publicística inerente à “ação” processual, sem perceber as visões de mundo profundamente diversas subjacentes a ambas as concepções.

1.1.4. Apreciação conclusiva

Pelo que se extrai do exposto até aqui, conclui-se que a teoria da ação material revela-se insuscetível de explicar a mandamentalidade outorgada a certas sentenças como as concessivas do mandado de segurança.

As mesmas razões que desencorajam a adoção da perspectiva da ação também se dirigem à pretensão material: não se vê como possa o poder de exigir a satisfação do dever jurídico, que, por definição, preexiste ao processo, possa ser qualificado como declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo, como propõe, em certa altura de seu pensamento, Pontes de Miranda.

Em suma, o meio mais adequado à proteção a um direito subjetivo (material) lesado não é algo que se possa encontrar nesse próprio direito, ou que se possa deduzir de seu conteúdo.⁵⁴⁰

1.2. Perspectivas da pretensão processual e da “ação” processual

⁵⁴⁰ As críticas ora expendidas em nada diminuem o mérito inquestionável de Pontes de Miranda, que procurou atualizar com as categorias da ciência jurídica da primeira metade do séc. XX (principalmente germânica) linha de pensamento e verdadeiro gênero literário que vicejou em terras portuguesas e brasileiras e que se encontra enraizado, em última análise, nas *arbores actionum* dos glosadores. Nesse sentido, o intento já anunciado nas notas à *Doutrina das ações*, de José Homem Corrêa Telles (primeira obra de processo civil publicada por Pontes, em 1916): redigir um tratado de ações, objetivo alcançado apenas no ano de 1978. Sem exagero, pode-se dizer que o *Tratado das ações* constitui o programa de uma vida inteira. Deve ser reconhecido, outrossim, o esforço verdadeiramente hercúleo, quase quixotesco, de Ovídio A. Baptista da Silva para se manter naquilo que se pode considerar a verdadeira tradição luso-brasileira, procurando, a cada passo, escoimar a doutrina processual de todos os elementos estranhos, importados, de forma acrítica, de outros sistemas jurídicos diversos.

Poder-se-ia conceber a mandamentalidade como atributo da pretensão processual (i. e., a exigência de atuação dos órgãos jurisdicionais, no sentido resgatado por Darci Guimarães Ribeiro)⁵⁴¹. De fato, compete ao demandante especificar o tipo de provimento jurisdicional que espera ver concedido em caso de procedência da demanda, o que constitui justamente aquilo que a doutrina denomina “objeto imediato do pedido”. Assim, no sistema brasileiro, mesmo podendo desde logo cobrar o débito, é lícito ao credor limitar-se a requerer a declaração judicial de existência do débito (CPC, art. 4º, I), o que constitui verdadeira manifestação do princípio da demanda.

Apesar disso, observa-se que o mandamento judicial não se encontra totalmente submetido aos limites traçados pelo autor, especialmente no que concerne às suas formas de efetivação. É o que se vê, e. g., em relação às obrigações de fazer e não-fazer, cuja realização prática reclama boa dose de criatividade (portanto de discricionariedade) do órgão judicial, que pode impor ao réu medidas coercitivas independentemente de requerimento da parte interessada, bem como modificá-las da maneira de julgar mais adequada às circunstâncias concretas (CPC, art. 461).

Parece, conseqüentemente, que também sob esse prisma não se colhe a mandamentalidade em toda a sua riqueza. *Idem*, quanto à “ação” processual, conceito funcionalmente idêntico.

1.3. Perspectiva do remédio jurídico processual

Tampouco se mostra adequada à captação da essência do mandamento judicial o remédio jurídico processual (entendido como modelo procedimental previsto em lei),⁵⁴² mormente quando inexistente ação mandamental de caráter

⁵⁴¹ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *La pretensión*, cit., p. 115.

⁵⁴² Utilizo a terminologia de Pontes de Miranda, obviamente sem aceitar o conceito de ação material: “O remédio jurídico processual é o oriundo da lei processual, o caminho que tem de ser perustrado por aquele que vai a juízo, dizendo-se com direito subjetivo, pretensão e ação ou somente com ação. Tão diferentes são ação e remédio jurídico processual, que todos os dias, ao julgarem os feitos, os tribunais declaram que o indivíduo não tem a “ação”. No entanto, usaram do remédio jurídico processual. Poderiam dizer mais: que não tinham, sequer, pretensão; nem, ainda mais, direito subjetivo” (*Tratado das ações*, tomo I, cit., § 10, n. 3, p. 94). Nesse trecho, aliás, a “ação” (com aspas) deveria ser ação (sem aspas), pois esta última é que, na ótica desse jurista, seria julgada improcedente.

genérico, por meio da qual se pudesse veicular toda e qualquer pretensão ao mandamento. Pelo contrário, o que se encontra no direito brasileiro é um emaranhado de “ações” típicas (como *habeas corpus*, mandado de segurança, ação de manutenção de posse), assim como disposições atípicas que permitem a adaptação do procedimento ordinário a certos tipos de demandas de cunho privatístico (CPC, art. 461; CDC, art. 84).

Nessa linha, a sumariedade (tanto no plano “horizontal” quanto em nível “vertical”) encontrada em alguns procedimentos típicos, se bem que aspecto importante, não parece constituir característica essencial à categoria.⁵⁴³

De mais a mais, não haveria sentido em buscar a autonomia da mandamentalidade se ela constituísse simples opção caprichosa do legislador por este ou aquele arranjo das etapas integrantes do procedimento, suscetível de mudar ao sabor das conveniências do momento. Justamente por isso, não convém atrelar a mandamentalidade às características externas do procedimento, elementos inexoravelmente expostos aos caprichos legislativos.

Há de se buscar a essência dos mandamentos judiciais, portanto, em outra seara que não o remédio processual.⁵⁴⁴

1.4. Perspectiva da sentença

Conforme se percebe na esteira da análise efetuada por Pontes de Miranda, resumida no Capítulo anterior, a chave para a compreensão da mandamentalidade (mas ainda não toda a verdade a respeito) reside na classificação eficaz das sentenças.

1.4.1. Noção de sentença

Convém precisar, antes de tudo, o que se deve entender por sentença. Para além da polêmica em torno do conceito efetivamente consagrado pelo art. 162, § 1º, do CPC (com a redação conferida pela Lei nº 11.232/2005), toma-se

⁵⁴³ DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *A garantia*, cit., p. 86.

⁵⁴⁴ Como pretendia Humberto Theodoro Júnior, quanto ao regime anterior à Lei nº 11.232/2005 (*Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro : Forense, vol. 1, 43. ed., 2005, n. 499, p. 561-562).

o termo, no presente trabalho, como provimento judicial que define, de forma em princípio irrevogável, determinada controvérsia, nos termos dos arts. 267, 269 e 463 do CPC.⁵⁴⁵

Não interessam – para os objetivos ora propostos –, assim, todos os atos jurídicos processuais desempenhados pelo juiz (e, obviamente, pelos demais sujeitos do processo) que não sejam sentença, como os atos jurídicos materiais (apropriação da prova), despachos e decisões interlocutórias, posto que possam esses dois últimos apresentar caráter mandamental. De fato, uma teoria da classificação das sentenças não poderia levar em conta elementos estranhos a esse ato decisório.⁵⁴⁶

1.4.2. Conteúdo, eficácia, efeitos e efetividade da sentença

1. Parte-se da constatação de que as sentenças não são puras, mas contém, em si mesmas, distintas virtualidades capazes de se exteriorizar no próprio processo, no plano do direito material e mesmo no plano dos fatos, virtualidades essas que se costuma denominar “eficácias da sentença”. Portanto, desde logo, no presente trabalho, assume-se os pontos centrais da

⁵⁴⁵ Assim Daniel Mitidiero (C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *A nova execução*, cit., p. 7). Tal definição, de caráter contencioso, encontra-se ajustada à nova sistemática processual e não exclui a possibilidade de sentenças parciais de mérito – possibilidade evidenciada pela própria decisão que realiza a liquidação –, nem impede o reconhecimento, para além da sistemática do CPC e da mentalidade racionalista que o informa, de verdadeiras sentenças liminares (provisórias, baseadas na aparência do direito – *fumus boni iuris*), como propõe Ovídio A. Baptista da Silva (“Decisões interlocutórias e sentenças liminares”, in: *Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 273-299, esp. n. 8, p. 284). Tenho consciência, entretanto, da insuficiência desse conceito em confronto com o sistema adotado pelo CPC (ainda preso à definição original, pautada pelo critério topológico do provimento judicial, de modo a fazer-se necessário o acréscimo de uma segunda nota, de cunho teleológico, consistente na aptidão da decisão para pôr fim a uma função (Araken de Assis, *Manual dos recursos*, São Paulo : RT, 2007, p. 135) ou fase (Cássio Scarpinella Bueno, *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo : Saraiva, vol. 1, 2. ed., 2006, p. 22; Marinoni/Arenhart, *Processo de conhecimento*, cit., p. 403-404) do processo, a de reconhecimento do direito (colocando em xeque, assim, a admissibilidade das sentenças parciais e provisórias). A polémica, entretanto, mostra-se alheia à problemática versada nesta tese.

⁵⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VI, cit., § 3, n. 1, p. 10. O que não impede a admissão das “sentenças liminares”. Evidentemente, a decisão que antecipa a tutela jurisdicional (CPC, arts. 273, 461 e 461-A; CDC, art. 84; LACP, art. 11) concede provisoriamente algum efeito decorrente de eficácia integrante da eventual sentença de procedência da demanda. De modo que a eficácia mandamental porventura antecipada poderá vir a ser, dependendo do peso relativo das demais eficácias, conteúdo de uma futura sentença mandamental.

doutrina de Pontes de Miranda (excetuados os exageros e incorreções adiante apontados) como sendo o modelo teórico que mais se aproxima da realidade.

2. Entende-se a relação entre eficácia e efeitos da sentença à luz da distinção formulada pela filosofia clássica entre potência e ato.⁵⁴⁷

Nessa senda, a eficácia da sentença consiste na aptidão que ela contém para produção de efeitos tanto no plano jurídico (“mundo jurídico”, se se quiser) quanto no plano dos fatos (dito “mundo fático”), supondo-se, por ora, que eles sejam vários.⁵⁴⁸ O conteúdo da sentença, portanto, corresponde à totalidade dos efeitos que ela se mostra potencialmente apta a desencadear por si mesma, enquanto sentença, ou seja, à sua eficácia.⁵⁴⁹ Daí poder-se dizer, mas exatamente, que a sentença contenha múltiplas eficácias, as quais consistem, como facilmente se observa, nos distintos verbos (no sentido semântico, funcional, não de forma literal) constantes do ato sentencial por meio dos quais se materializa a aplicação judicial do direito. O contraste pormenorizado entre cada uma desses verbos, bem como a análise e justificação da distinção entre eles, serão efetuados na Seção seguinte (ponto nº 2 deste Capítulo), limitando-se a presente exposição a fornecer um quadro geral

Os efeitos, por seu turno, não são senão as situações novas, conseqüentes aos atos modificativos,⁵⁵⁰ ou, em outros termos, as virtualidades efetivamente realizadas (ato), seja no plano jurídico, seja no plano fático, ligando-se ao conteúdo da sentença por uma relação de causalidade.⁵⁵¹ O

⁵⁴⁷ Adoto, em linhas gerais, o pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva, sintetizando as idéias contidas nos ensaios “Conteúdo da sentença e coisa julgada” (*in: Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 199-221, esp. p. 214-220) e “Conteúdo da sentença e mérito da causa” (*op. cit.*, p. 301-317, esp. p. 314-316).

⁵⁴⁸ Rejeita-se, dessa forma, qualquer tentativa parcial de reduzir a eficácia própria da sentença (e os efeitos correspondentes) ao plano puramente jurídico ou fático. O problema foi bem percebido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao mostrar, revelando as múltiplas dimensões inerentes ao fenômeno jurídico, que o efeito decorrente da norma não é nem o simples valor nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma (C. A. Alvaro de Oliveira; Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, Rio de Janeiro : Forense, 8. ed., 2007, n. 5, p. 12).

⁵⁴⁹ No mesmo sentido Eduardo Talamini (*Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer*, cit., p. 203 e nota nº 46).

⁵⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*, cit., n. 4, p. 179.

⁵⁵¹ Como bem recorda José Carlos Barbosa Moreira, a causalidade deve ser entendida no sentido jurídico (causalidade jurídica, ou imputação estabelecida convencionalmente pela norma), diferenciando-se da causalidade natural ou física. Aliás, segundo observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “não pode haver por hipótese efeito sem eficácia, determinando o conteúdo desta a conseqüência verificada com aquele” (C. A. Alvaro de Oliveira; Galeno

que permite explicar as situações em que, a despeito da eficácia potencialmente contida na sentença, não se realize o efeito correspondente, especialmente quando ele implicar atuação no plano dos fatos: nem sempre a potencialidade contida na sentença (= eficácia, que integra o conteúdo do ato sentencial) se transformará em ato (= efeito). Nem afeta a eficácia própria da sentença o fato de que os efeitos respectivos se dêem em momento posterior. Considere-se, por exemplo, uma ação de despejo julgada procedente. Pouco importa que, entre o ato de ordenar a desocupação do imóvel e o cumprimento efetivo do mandado *de evacuando* “exista um intervalo de tempo, às vezes longo; nem interesse que o despejo jamais se realize: a sentença não sofrerá qualquer abalo em suas eficácias”, e seu conteúdo “permanecerá íntegro”.⁵⁵² Também pode ocorrer que a eficácia contida na sentença não precise se transformar em efeito, como nos casos em que o réu cumpre voluntariamente o objeto da condenação.⁵⁵³ Daí ver-se que os dois conceitos não devem ser confundidos.

3. Para classificação das sentenças interessa apenas a chamada eficácia natural, ou seja, a repercussão direta da sentença na vida das partes e de terceiros (denominada eficácia direta, nesse último caso, mas sem a marca da indiscutibilidade característica da coisa julgada material, segundo se extrai do art. 472 do CPC), consoante o espectro próprio do ato judicial.

4. Da eficácia natural distingue-se a chamada eficácia reflexa, decorrente da repercussão da sentença no mundo jurídico. Cuida-se, aqui, dos efeitos da sentença – tornados inevitáveis – sobre relação jurídica conexa com aquela deduzida em juízo, daí exsurgindo o interesse jurídico do terceiro capaz de legitimar o seu ingresso na relação processual (v. g., como assistente); no dizer elegante de Pontes de Miranda, cuida-se-se daqueles efeitos que a vida cria, “devido à entremisura das incidências da lei”.⁵⁵⁴ Evidentemente, essa problemática, por ser exterior ao conteúdo do ato decisório, nenhuma influência exerce sobre a classificação das sentenças (e muito menos sobre a sentença mandamental).

Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, Rio de Janeiro : Forense, 8. ed., 2007, n. 5, p. 12).

⁵⁵² OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição, direito material e processo*, cit., p. 228.

⁵⁵³ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer*, cit., p. 201.

⁵⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 39, n. 3, p. 220-221.

5. Tampouco interessam os efeitos anexados à sentença pela lei ou pela vontade das partes, por serem também exteriores a sentença enquanto tal.⁵⁵⁵

Pontes atribui ao ato do juiz que realiza o efeito anexo a natureza mandamental, que não pode ser confundida com o efeito mandamental próprio da sentença mandamental (ex.: constituição da hipoteca judiciária, efeito anexo à sentença condenatória, que nem por isso se torna mandamental).⁵⁵⁶

6. Finalmente, não deve interferir na teoria da classificação das sentenças a discussão em torno da definição da coisa julgada (se fenômeno processual ou material; se efeito da sentença ou qualidade dos efeitos; se ligada unicamente ao elemento declaratório ou à sentença como um todo).

7. O termo “efetividade”, em contrapartida, remete para o resultado da atividade jurisdicional (da qual o processo constitui verdadeiro “método de exercício”), compreendendo uma classe específica de efeitos da sentença, aqueles que ela projeta para fora do procedimento, no plano das relações interpessoais (plano do direito material).⁵⁵⁷ Tem-se em vista, aqui, o cumprimento integral da função “sócio-político-jurídica” do processo (no dizer de Cândido Rangel Dinamarco), de molde a serem atingidos em plenitude todos os seus escopos institucionais.⁵⁵⁸

Essa noção também se mostra estranha ao problema da classificação eficaz das sentenças, pertencendo, mais propriamente, ao tema relativo à tutela jurisdicional.

1.4.3. Classificação das sentenças pela eficácia preponderante

1. Por mais que se deva renunciar à busca de esquema classificatório geometricamente perfeito, sabendo-se que as classificações legitimam-se na

⁵⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 39, n. 1, p. 214-215.

⁵⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 39, n. 2, p. 215. Os efeitos anexos e reflexos, justamente por não serem necessários às sentenças, são exteriores a ela. Por isso mesmo, não servem como fundamento de uma teoria da classificação das sentenças (*op. cit.*, p. § 33, n. 1, p. 171-172).

⁵⁵⁷ DINAMARCO, “Tutela jurisdicional”, *In: Fundamentos do processo civil moderno*, revisão e atualização de Antônio Rulli Neto, São Paulo : Malheiros, tomo II, 5. ed., 2002, p. 797-837, esp. p. 812.

⁵⁵⁸ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, São Paulo : Malheiros, 8. ed., 2000, n. 36, p. 270.

medida de sua maior ou menor utilidade prática⁵⁵⁹, também é tarefa da ciência do direito classificar seus próprios conceitos, devendo, para tanto obedecer a um mínimo de logicidade.⁵⁶⁰

2. Não é difícil perceber que na sentença convivem diversas eficácias. Por exemplo, antes de condenar o réu à reparação do dano, mostra-se necessário declarar a existência da relação jurídica e do próprio direito de crédito insatisfeito; ao mandamento, dirigido a autoridade pública, para expedição de certidão negativa, é ínsito o reconhecimento da inexistência do débito; a sentença que constitui o status jurídico referente à filiação também ordena a retificação do registro civil.

3. Diante disso, mostra-se acertada a proposta formulada por Pontes de Miranda, no sentido de classificar a sentença pela eficácia preponderante. Tampouco se vislumbra algum inconveniente em denominar “força” a essa eficácia, desde que não se perca de vista dois pontos fundamentais anteriormente: primeiro, não se trata da única eficácia; segundo, não se deve confundir (como faz, aliás, o próprio Pontes), as demais eficácias com os verdadeiros efeitos que elas se mostram suscetíveis de produzir.

4. Também não ostenta dificuldade, na essência, a idéia de hierarquizar as demais eficácias presentes em cada sentença, desde que não se caia na tentação de aprisionar a realidade em esquemas vazios (constante quinze).

É o que se constata do ilustrativo exemplo formulado por Araken de Assis, pouco importando, por ora, a denominação que se atribua a cada eficácia:

“Fácil é decompor a sentença de despejo e comprovar, na prática, a asserção básica de Pontes. Ela comanda, preponderantemente, a restituição do bem (eficácia principal executiva); desfaz o contrato (eficácia imediata: constitutiva); declarar o direito do autor à recuperação da coisa (eficácia mediata: declarativa); e, estando a locação averbada no cartapácio real, manda cancelar o registro (eficácia mandamental)”.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Consoante adverte Luiz Guilherme Marinoni, invocando lição de Genaro Carrió (*Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 115, nota nº 27).

⁵⁶⁰ Como observa José Carlos Barbosa Moreira, “toda classificação é, antes de mais nada, uma operação lógica. Ora, em todo qualquer manual elementar de lógica encontram-se várias regras básicas, e uma delas impõe que o critério classificatório seja uniforme” (*Questões velhas e novas*, cit., n. 4, p. 141).

⁵⁶¹ ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, cit., p. 77.

5. Em verdade, o problema não reside na “constante quinze” em si mesma. Trata-se de simples modelo matemático destinado a expressar a idéia de que todas as sentenças contêm, sempre, as cinco eficácias. Com efeito, ao invés de números, Pontes poderia ter empregado letras (ABCDE) ou quaisquer outros símbolos. O importante, para ele (grande defensor da unidade do saber humano, rejeitando a separação metodológica entre as ciências humanas e as ciências exatas), no espírito das idéias já manifestadas no *Sistema de ciência positiva do direito*, era proclamar a aptidão da linguagem matemática à descrição de quaisquer fenômenos da realidade, incluindo os do mundo do direito.

Com efeito, nessa obra encontra-se a afirmativa de que não se pode fazer ciência a não ser analisando *grandezas quantitativas*; daí a citação atribuída a Galileu: “mede o que é mensurável e torna mensurável o que ainda não o é”.⁵⁶² A quantidade simplifica e racionaliza, mostrando-se útil para decompor a imensa complexidade de matizes com a qual a realidade se apresenta, de molde a torná-la inteligível ao espírito humano.⁵⁶³

Para fazer ciência, é necessário, portanto, reduzir o qualitativo a número. Dessa forma, pode-se inferir que toda mudança de qualidade encerra por detrás de si uma mudança de quantidade.⁵⁶⁴ Trata-se de um dos principais corolários do princípio gnosiológico adotado pelo jurista brasileiro, capaz de encontrar aplicação, surpreendentemente, mesmo em um tema que parece ser estritamente dogmático, como é o caso da classificação eficaz das sentenças.

De fato, esse método fundamenta-se no pressuposto de que o *pensamento quantitativo* está à base da mente humana. Sendo assim, ele pode

⁵⁶² PONTES DE MIRANDA, *Sistema*, vol. 1, cit., p. 5.

⁵⁶³ O pensar em termos de quantitativos, entretanto, não significa que os objetos de conhecimento apresentem, necessariamente, em si, quantidades; apenas quer dizer que essa é a forma própria e mais perfeita que a mente humana possui para conhecê-los. Pontes de Miranda (*Sistema*, vol. 1, cit., p. 9) recusa a atitude pitagórica de reduzir toda a realidade a número, o que seria tornar absoluto o princípio da quantitatividade; trata-se de postura peculiar apenas ao conhecimento científico. Nesse sentido, é importante lembrar que a abstração (que a aplicação do princípio quantitativo sempre acarreta) não tem por fito afastar as ciências da realidade, apenas simplificá-la (*op. cit.*, vol. 1, p. 43). O mesmo pensamento, especialmente no que tange à rejeição do pitagorismo, é compartilhado por Djacir Menezes (*O problema da realidade objetiva*, Rio de Janeiro : Tempo universitário / Instituto nacional do livro, 1971, p. 135).

⁵⁶⁴ DJACIR MENEZES, *O problema da realidade objetiva*, cit., p. 134.

e deve ser aplicado ao conhecimento de qualquer realidade, pertença ela à natureza, simplesmente, ou consista em verdadeira criação humana. Chega-se, dessa maneira, à idéia da *universalidade do conhecimento científico*: se basicamente *uma* é a forma humana de conhecer (isto é, através dos *números*), e se basicamente tudo o que se conhece são *relações* entre fenômenos, experimentadas como *fatos* (princípio da relatividade do conhecimento, próprio do positivismo lógico por ele professado), então existe *uma comunhão fundamental* entre todas as ciências.⁵⁶⁵

Com base nisso, conclui Pontes não haver lugar para a distinção (nos contornos radicais em que tem sido proposta, pelo menos desde os românticos – Herder, Schleiermacher, Dilthey), entre as ciências ditas “da natureza” (ou exatas) e “do espírito” (ou humanas).⁵⁶⁶ Inexiste oposição *metodológica*, pois que o raciocínio *quantitativo* é indistintamente aplicável a estas e àquelas; inexiste oposição quanto ao *objeto* de conhecimento, visto que umas e outras conhecem *fatos*, sejam eles internos ou externos ao espírito humano.

Como se vê, o nó da questão não reside no método matemático empregado por Pontes,⁵⁶⁷ mas na tese, essa sim profundamente equivocada (por traduzir inadequada percepção da realidade), de que todas as sentenças contenham, necessariamente, todas as cinco eficácias.

6. Forçoso reconhecer, contudo, que a eficácia da sentença nada especifica a respeito dos instrumentos técnicos destinados à implementação dos respectivos efeitos, especialmente daqueles que requerem intervenção na realidade fática traduzida por meio de atos materiais posteriores à decisão judicial, como é o caso, segundo se verá, dos efeitos mandamental e executivo.

⁵⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, *Sistema*, vol. 3, cit., p. 26. Não se pode perder de vista, de outra parte, a vinculação de Pontes de Miranda ao cientificismo característico da Escola de Recife (Nelson Saldanha, *Espaço e tempo*, cit., p. 41; Djacir Menezes, *Filosofia do direito*, Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1975, p. 124; Clóvis Ramalhete, *Pontes de Miranda, teórico do direito*, Revista de informação legislativa, 97[Jan./mar.-1988]:259-270, esp. p. 259 e 261), o que também explica exageros como o da “constante quinze”. De forma mais incisiva, Clóvis Beviláqua (*História da Faculdade de Direito do Recife*, Brasília : Instituto nacional do livro, 2. ed., 1977, nota nº 771, p. 271-272 e 379) considerava-o “filho” verdadeiro da Escola.

⁵⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, *Sistema*, vol. 1, cit., nota nº 1, p. 11-12 e 44.

⁵⁶⁷ Assim, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *A ação condenatória como categoria processual*, cit., n. 21, p. 249; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças*, cit., n. 2, p. 129; FERNANDO SÁ, *As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença*, cit., p. 68-69.

Necessário, portanto, alcançar uma perspectiva mais ampla que permita compreender em sua plenitude o mandamento judicial, foco do presente estudo.

1.5. Perspectiva da tutela jurisdicional

Uma das teses centrais concernentes à mandamentalidade consiste em que ela deve ser compreendida à luz da tutela jurisdicional. Assim, compete, em um primeiro momento, analisar a evolução mesma do conceito de tutela jurisdicional, para, em etapa posterior, determinar em que sentido possa ser aplicável ao mandamento judicial.

1.5.1. Desenvolvimento histórico da noção de tutela jurisdicional

Trata-se, com efeito, de categoria recorrente no pensamento jurídico moderno. Rápida olhadela na história do conceito mostra como foi possível libertá-lo paulatinamente dos elementos privatísticos que originalmente lhe eram inerentes.

1. Segundo Oliver Vossius, suas origens devem ser localizadas no pensamento jusracionalista.⁵⁶⁸ Com efeito, era atitude característica da filosofia jus-política dos sécs. XVII e XVIII a pressuposição de que o Estado seria fenômeno artificial, criado seres livres a partir de um pacto (= contrato social) para garantia e defesa de sua própria liberdade.

Nesse sentido, toma-se como paradigma as idéias desenvolvidas por John Locke, um dos mais célebres e influentes representantes da corrente liberal da Escola do Direito Natural Racional. Segundo o célebre pensador inglês, antes da existência do Estado e da sociedade civil, os indivíduos seriam absolutamente livres e iguais, submetidos apenas aos ditames da lei natural, cujo fundamento residiria na própria natureza racional do homem. Dessa lei

⁵⁶⁸ OLIVER VOSSIUS, *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre*, Ebelsbach, Rolf Gremer, 1985. Não se deve confundir o Jusnaturalismo racionalista com o Jusnaturalismo clássico. Este último tem como base o pensamento de Aristóteles e S. Tomás de Aquino acerca da lei e do direito natural; aquele está ligado ao Jusracionalismo, movimento jurídico filosófico que atingiu seu auge entre os sec. XVII-XVIII.

decorreriam, para os indivíduos, os direitos (subjetivos) naturais, dos quais os principais teriam como objeto a vida, a liberdade e os bens.

Tanto que violados esses direitos, surgiria o poder de executar a lei natural, por meio da força, visando à punição do ofensor, prerrogativa esta que competiria não apenas ao ofendido, mas a qualquer pessoa.⁵⁶⁹ Segundo a conhecida percepção do Jusracionalismo, a fim de evitar a multiplicação desmesurada da violência (o que precipitaria a humanidade naquilo que Locke denomina “estado de guerra” – o *bellum omnium contra omnes* de Hobbes), seria necessária a renúncia, por parte dos indivíduos, desse verdadeiro direito natural de punir, em favor do Estado.⁵⁷⁰

E justamente isso caracterizaria a sociedade civil (em oposição ao estado de natureza): a existência de lei positiva comum e corpo de magistrados para os quais se pudesse apelar, dotados de autoridade para solucionar controvérsias e punir os ofensores.⁵⁷¹ Como se percebe, a finalidade precípua do próprio Estado seria a salvaguarda dos direitos individuais ou, de forma mais ampla, da própria liberdade individual.⁵⁷²

Idéias semelhantes podem ser encontradas em Christian Wolff. A lesão da obrigação correspondente ao direito subjetivo faria nascer para o lesado um direito secundário de defesa coativa (“*ius belli*” ou “*ius defensionis*”, entendido com o direito à justiça de mão-própria).⁵⁷³ Como consequência da celebração do contrato social e da instituição do organismo estatal, o exercício desse direito subjetivo à justiça privada restou proibido.

Em face disso, tendo presente ainda a idéia de que ao Estado competiria a proteção dos direitos individuais (primários) agredidos, o exercício desse direito de defesa passou aos juízes.⁵⁷⁴ Nessa senda, a eles competiria cuidar

⁵⁶⁹ JOHN LOCKE, *Second treatise on civil government*, in: *Two treatises of government*, edited with an introduction and notes by Peter Laslett, Cambridge : University Press, 1988, n. 10 e 13.

⁵⁷⁰ LOCKE, *Second treatise on civil government*, cit., n. 87.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

⁵⁷² LOCKE, *Second treatise on civil government*, n. 88 e 95.

⁵⁷³ VOSSIUS, *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen*, cit., p. 11-12; CHRISTIAN WOLFF, *Institutiones iuris naturae et gentium*, Venetiis, apud Nicolaum Pezzana, 1761, § 89, p. 30-31; 98, p. 33.

⁵⁷⁴ VOSSIUS, *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen*, cit., p. 25.

para que cada um receba o seu direito seu direito, assim como defender cada um contra os atos injustos praticados pelos demais.⁵⁷⁵

Immanuel Kant, por seu turno, identifica na passagem do estado de natureza ao estado civil verdadeiro imperativo categórico. Não se trata, bem entendido, de eliminação dos direitos naturais, mas de conservação deles debaixo da nova ordem, o que é ponto digno de nota.

2. O ideário racionalista desenvolvido pelos jusfilósofos germânicos da segunda metade do séc. XVIII (Christian Wolff, Julius Ludwig Friedrich Höpfner, Gottlieb Hufeland, Theodor Schmalz, Johann Christian Hoffbauer e Johann Gottlieb Fichte) penetrou profundamente na doutrina processual alemã do começo do século seguinte (representada por autores como Karl Ludwig Wilhelm von Grolman, Nikolaus Thaddäus Gönner, Johann Kaspar Gensler, Christoph Martin e Hieronymus von Bayer), que desenvolveu esses conceitos filosóficos, aplicando-os à descrição do fenômeno da lesão ao direito subjetivo e às suas respectivas conseqüências jurídicas.⁵⁷⁶

3. A influência do pensamento contratualista pesou ainda sobre Friedrich Carl von Savigny. Como se sabe, esse autor defendeu a idéia de que o direito subjetivo nada mais seria do que uma esfera protegida em que liberdade individual reinaria soberana. Esse direito, quando lesado (por uma ação também livre) reagiria, passando a um momento dinâmico, em “estado de defesa” (“im Zustand der Vertheidigung”).⁵⁷⁷ A ação seria, assim, não um novo direito, nascido da violação, mas uma “emanação” do direito subjetivo violado, ou uma nova forma por ela assumida (ambas as idéias estão presentes).

Conforme acentua Kollmann, no pensamento de von Savigny, estariam lado a lado o “direito material de reparação” (“materielle Wiederherstellungs-Recht”) e o “direito subjetivo público processual de demandar” (“das subjektive-öffentliche prozessuale Recht auf Klage”), como parte do direito privado (direito material).⁵⁷⁸ O conceito savignyano de de ação não seria, portanto, puramente material, mas congregaria também elementos processuais.

⁵⁷⁵ WOLFF, *Institutiones iuris naturae et gentium*, cit., § 1028, p. 418: “judices dicuntur personae, quae unicuique in Rep. jus sui tribui curant, ac unumquemque adversus injurias aliorum defendunt”.

⁵⁷⁶ VOSSIUS, *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen*, cit., p. 10-41.

⁵⁷⁷ VON SAVIGNY, *System*, 5. Bd., cit., § 204, p. 2.

⁵⁷⁸ KOLLMANN, *Begriffs- und Problemgeschichte*, cit., p. 530.

4. É possível encontrar-se, já no pensamento de Theodor Muther, a idéia de que existe um direito subjetivo do particular contra o Estado, para que este lhe outorgue proteção jurídica. Tratar-se-ia de um novo direito, de natureza publicística, nascido com a violação do direito subjetivo material, dirigido contra o Estado.⁵⁷⁹

O próprio Windscheid terminou por aceitar, em termos, a idéia, distinguindo o direito de o ofendido queixar-se perante o Estado (*Klagerecht*) da *actio* romana, por ele identificada com a pretensão (*Anspruch*) do direito material.⁵⁸⁰

Essa constatação traduz-se em um dos mais importantes resultados da polêmica Windscheid-Muther, constituindo ponto de partida para a evolução posterior da processualística alemã.

5. Heinrich Degenkolb e Alexander Plósz desenvolveram, cada um à sua maneira, a idéia de que o direito de ação dirige-se também contra o Estado, conferindo ao seu titular a expectativa de um simples julgamento de acordo com as leis e não necessariamente favorável ao autor.⁵⁸¹

6. Para Adolf Wach, como visto anteriormente, deve-se distinguir o verdadeiro direito de ação da simples possibilidade jurídica de demandar. Esta, conferida a todos que apresentem uma petição que atenda aos requisitos formais, corresponde a simples faculdade (“*res merae facultatis*”) outorgada pelo direito objetivo público, de fazer o juiz cumprir o seu dever de julgar, favorável ou desfavoravelmente.⁵⁸²

Assim, o direito de ação seria conferido apenas a quem realiza uma demanda fundada, isto, é, a quem demonstra interesse legitimamente reconhecido na medida judicial postulada. Verifica-se, por conseguinte, a estreita conexão, em Wach, entre *ação* e *tutela jurídica*, pois a ação visaria à proteção do interesse processualmente reconhecido por meio de um provimento judicial favorável (sentença ou execução).

A sua titularidade dessa pretensão compete, em princípio ao autor, desde que se faça presente o interesse na tutela (“*Rechtsschutzinteresse*”),

⁵⁷⁹ MUTHER, *Zur Lehre*, cit., p. 43.

⁵⁸⁰ WINDSCHEID, *Abwehr*, cit., p. 26.

⁵⁸¹ LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 3 e 6.

⁵⁸² WACH, *Handbuch*, cit., p. 22. Sobre o tema, cf. HENNING, *Ação concreta*, cit., p. 43-45.

ostentando caráter pré-processual. O réu apenas seria titular da pretensão à tutela jurídica quando o autor litigasse sem razão (isto é, quando propõe demanda infundada, no sentido de não-fazer jus a sentença favorável).

Impõe-se acentuar que a pretensão à tutela jurídica da Wach não visa à proteção de interesse ou direito subjetivo (material) efetivamente existente (fora do processo), mas apenas daquele efetivamente afirmado na demanda e confirmado no curso da instrução.⁵⁸³ Por conseguinte, o autor alemão, ainda que veja na “Rechtsschutzanspruch” uma ponte entre o direito material e o processo, não apaga a distinção entre os dois planos, mantendo-se na linha discriminativa instituída pela obra de Oskar Bülow.

Como se sabe, essa pretensão seria dirigida, simultaneamente, contra o estado e contra o demandado. Àquele competiria efetuar a proteção jurídica ao interesse do autor; esse, por seu turno, estaria juridicamente obrigado a sofrer ou tolerar seu exercício.

De forma conclusiva, como destaca Vossius, a direção da ação contra o Estado seria fruto de uma orientação política liberal que se remonta ao Jusracionalismo; daí a tendência de construir a ação como um “direito subjetivo público” ou mesmo como uma “pretensão” a que o Estado, seu devedor, tutele favoravelmente o direito subjetivo (privado) violado.⁵⁸⁴ A direção contra o réu corresponderia a resíduo metafísico de que Wach, embora proponha um ponto de vista empírico do processo, não conseguiu se livrar, estando ainda ligado às antigas teorias civilistas da ação.

7. A “pretensão à tutela jurídica” de Langheineken, por seu turno, apresentaria caráter concreto, pois ele alude à proteção ao autor mediante uma determinada forma.⁵⁸⁵ Essa pretensão seria fundamentalmente pretensão a uma sentença concreta e favorável, por se ter demonstrado e comprovado interesse na declaração, na constituição ou na condenação (“Urteilsanspruch”).⁵⁸⁶ A pretensão à execução (“Vollstreckungsanspruch”), por

⁵⁸³ WACH, *Handbuch*, cit., p. 37.

⁵⁸⁴ VOSSIUS, *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen*, cit., p. 185.

⁵⁸⁵ LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 44 e p. 46 (“Das ‘Klagerecht’ in unserem Sinne ist der Urteilsanspruch des Imploranten, des Klägers, also das Recht auf ein dem Kläger günstiges Urteil”).

⁵⁸⁶ LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 45: “Unter ‘Urteilsanspruch’ (oder, ‘Entscheidungsanspruch’) verstehen wir das publicistische subjektive Recht gegen den Staat in

seu turno, seria o poder de exigir a realização de atos de execução forçada, por se ter demonstrado interesse na prática deles. Existiria ainda uma pretensão à segurança através de arresto e de outras medidas cautelares (“Arrestanspruch”) conferida igualmente ao demandante vencedor.

Desenvolvendo premissa estabelecida por Wach, Langheineken distingue a verdadeira pretensão à tutela jurídica (“Rechtsschutzanspruch”) do direito público abstrato de demandar (“das abstrakte publicistische Klagerecht”), que, ao contrário daquela, seria concedido a todos.⁵⁸⁷

8. James Goldschmidt, por sua vez, também admite a existência da pretensão à tutela jurídica, compreendida como poder de exigir sentença, execução ou medida assecuratória favorável.⁵⁸⁸ Como se trata de uma pretensão concreta, dirigindo-se à obtenção de um provimento judicial favorável, seu lugar estaria no direito judiciário material.

9. No pensamento de Georg Schüller, repete-se a idéia de que a pretensão à tutela jurídica constitui “direito” (sic) à outorga de uma sentença declarativa, constitutiva ou condenatória favorável.⁵⁸⁹ O mesmo, no que tange à pretensão à execução. Como Langheineken, esse autor também defende a existência de uma pretensão à segurança (isto é, à tutela cautelar mediante medidas preventivas – “einstweilige Verfügung”).⁵⁹⁰ Como Goldschmidt, também situa a pretensão à tutela no direito judiciário material.

Schüller admite, ademais, pretensão à tutela jurídica para o réu. Trata-se, como no outro caso, de pretensão a uma sentença “de mérito” favorável, de conteúdo sempre declarativo-negativo, contrária ao interesse do autor.⁵⁹¹ Essa pretensão nasceria da própria ação infundada.⁵⁹² Daí decorre a óbvia conclusão (profundamente contrastante com o pensamento de Pontes de Miranda) de que autor e réu não são titulares, ao mesmo tempo, da pretensão

seiner gerichtsbareitlichen Funktion auf ein dem Rechtsschutzsucher *günstiges*, endgültiges richterliche Urteil in einem civilen Rechtsstreite.”

⁵⁸⁷ LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 47.

⁵⁸⁸ GOLDSCHMIDT, *Ziviprozeßrecht*, cit., p. 2.

⁵⁸⁹ GEORG SCHÜLER, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 19.

⁵⁹⁰ *Ibidem*.

⁵⁹¹ SCHÜLER, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 68-69.

⁵⁹² SCHÜLER, *Der Urteilsanspruch*, cit., p. 69: “Der Urteilsanspruch besteht nur, wenn der Kläger ohne Urteilsanspruch klagt”.

à tutela jurídica, nem poderia, por conseguinte, exercê-la simultaneamente ao longo do processo.

11. Georg Jellinek dedicou-se ao tema, de ponto de vista da teoria do direito público, enquadrando-o em sua conhecida teoria dos *status*.⁵⁹³ Para ele, a *pretensão à tutela jurídica* (“Anspruch auf Rechtsschutz” ou “Rechtsschutzanspruch”) seria decorrência do chamado *status positivus*, consistindo no poder, outorgado ao indivíduo, de exigir a atuação do Estado-juiz.⁵⁹⁴

Esse autor prefere não tomar partido na polêmica acerca do caráter abstrato ou concreto dessa pretensão, limitando-se a reconhecer apenas aquilo que é evidente e relevante para a teoria geral do Direito Público: a sua direção dela contra o Estado, bem como a sua respectiva independência frente ao direito subjetivo material alegado pelo demandante em determinada controvérsia judicial. Trata-se de noção a que o jurista atribui grande valor, uma vez que poder exigir a tutela jurídica estatal constituiria o principal atributo da personalidade individual.⁵⁹⁵

A pretensão à tutela jurídica, segundo a sua concepção, englobaria o exame da situação concreta apresentada por meio da demanda e, se fosse o caso, incluiria a proteção do interesse individual eventualmente ameaçado ou já lesado.⁵⁹⁶

Como se percebe, o conceito com o qual trabalha Jellinek está mais próximo da noção de possibilidade jurídica de demandar (“Klagmöglichkeit”), formulada por Konrad Hellwig, do que da pretensão à tutela jurídica concreta

⁵⁹³ O *status* consiste em *uma determinada qualificação jurídica da personalidade individual perante o Estado*; um núcleo a partir do qual se irradiam direitos subjetivos e deveres jurídicos. Não se confunde, portanto, com a personalidade do indivíduo, que é uma só, ao passo que *status* existem vários; nem com os direitos subjetivos públicos, que justamente o têm como pressuposto de sua existência.

⁵⁹⁴ O *status* positivo consistiria na capacidade, conferida pelo próprio Estado ao cidadão, de exigir, em seu interesse individual, o exercício das atividades estatais e a utilização das instituições públicas. Sua nota característica reside, portanto, em gerar *pretensões positivas* (GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen : J. C. B. Mohr [anastatischer Neudruck der Ausgabe von 1905], 1919, p. 87, 114 e 121).

⁵⁹⁵ JELLINEK, *System*, cit., p. 132: “Ist der Rechtsschutzanspruch das abstrakte Minimum publizistischer Ausstattung der Persönlichkeit”.

⁵⁹⁶ JELLINEK, *System*, cit., p. 125.

(“Rechtsschutzanspruch”), isto é, o poder de exigir a prolação de uma sentença de conteúdo determinado e de caráter favorável, elaborada por Adolf Wach.⁵⁹⁷

Como aponta, com lucidez, o grande publicista alemão (dessa vez seguindo de perto a percepção de Wach), a pretensão à tutela jurídica não se restringe apenas à proteção de direitos subjetivos e de pretensões (de direito material) de natureza privada, mas abrange também tanto aquelas situações que não podem ser qualificadas como direito subjetivo como também a própria declaração de inexistência de direito ou relação jurídica.⁵⁹⁸ Daí a referência e aceitação da *pretensão à declaração negativa* (“der negative Feststellungsanspruch”) como meio particularmente importante de tutela da *esfera de liberdade individual*.⁵⁹⁹

12. A doutrina alemã, sobretudo a partir da nova ordem democrática proclamada pela Lei Fundamental de Bonn, efetuou profunda revisão teórica do conceito wachiano (concretista) de pretensão à tutela jurídica.⁶⁰⁰

Um primeiro impulso nesse sentido foi conferido principalmente pelos trabalhos de Arwed Blomeyer e Rudolf Pohle, que procuraram reabilitar o antigo termo, escoimando-lhe os pontos mais polêmicos, consistentes principalmente no seu pretense caráter pré-processual e em sua injustificável subordinação ao direito material. Foram mantidas a direção contra o Estado e

⁵⁹⁷ JELLINEK, *System*, cit., p. 126 e nota 1. Sobre o conceito de “Klagmöglichkeit” como liberdade de requerer o exercício da atividade judicial, mediante simples petição, cf. KONRAD HELLWIG, *Klagrecht und Klagmöglichkeit* (2. Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1905), Aalen : Scientia, 1980, p. 25: “Nach heutigem Rechte steht es jedermann frei, durch Klagerhebung eine Rechtsbehauptung zur Entscheidung zu stellen und damit das Prozeßverhältnis in's Leben zu rufen.”; p. 26: “Im Civilprozeß aber genügt die nackte Aufstellung der Rechtsbehauptung, um die gerichtliche Zulassung der Klage (durch Anberäumung des Verhandlungstermins) zu erlangen und den Prozeß zu eröffnen”; “Diese jedermann zustehende Klagmöglichkeit und die darin liegende Befugnis, die Entscheidungspflicht (Antwortspflicht) des angegangenen Gerichts zu begründen, ist als ein besonderes prozessuales Recht nicht anzuerkennen.” Na mesma linha de Jellinek, Hellwig reconhece esta possibilidade de demandar como sendo uma das principais conseqüências da personalidade, ainda que não configure, em sua ótica, verdadeiro direito subjetivo (p. 26, nota 4): “In meinem Lehrbuch I § 22 ¹² habe ich geäußert, daß man diese Befugnis, ebenso wie die Befugnis zur sonstigen freien Betätigung der Persönlichkeit nur als einen (unselbständigen) Ausfluß des Rechts der Persönlichkeit auffassen könne.”

⁵⁹⁸ JELLINEK, *System*, cit., p. 126: “Der Zweck des Rechtsschutzanspruches geht aber weit hinaus über den Schutz privatrechtlicher Ansprüche. Er existiert zunächst auch zum Schutze rechtlich-relevanter Zustände und Verhältnisse, die als solche nicht Inhalt eines Rechtes sein können.”

⁵⁹⁹ *Ibidem*. Sobre o conceito de pretensão à declaração, cf. WACH, *Der Feststellungsanspruch*, cit., p. 106-116.

⁶⁰⁰ WALTER HERBST, *Die Bedeutung des Rechtsschutzanspruches für die moderne Zivilprozessrechtslehre*, Bonn : Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, Diss., 1973, p. 164 e ss.

assim como a natureza favorável da decisão. Passou a referir-se, sobretudo, à situação material constante do processo.⁶⁰¹

Outros autores, por seu turno, recusaram quaisquer concessões à antiga teoria e passaram a considerar a questão desde um ponto de vista constitucional. Daí a referência a uma pretensão à *outorga de jurisdição* (“Justizgewährungsanspruch”), concebida como poder de exigir a atuação, na medida da lei, dos órgãos judiciais.⁶⁰² Em verdade, o próprio James Goldschmidt, conhecido defensor (ao seu modo) da pretensão à tutela jurídica concreta, já empregava, em 1925, a expressão “Anspruch auf Justizgewährung”, fazendo referência ao direito subjetivo público a uma sentença qualquer.⁶⁰³ Esta é a fórmula corrente na jurisprudência constitucional e na doutrina alemãs pelo menos desde a década de 1950.⁶⁰⁴

Na mesma linha, Fritz Baur faz derivar a pretensão à outorga de jurisdição diretamente do art. 103, I da Lei Fundamental.⁶⁰⁵ Conseqüentemente, a garantia da audiência judicial (“Anspruch auf rechtliches Gehör”) não compreenderia apenas o direito à defesa ou à simples audiência *pro forma*, mas asseguraria às partes o direito de participar efetivamente do processo, no sentido de que o juiz somente distribuiria justiça quando ouvisse efetivamente, ao longo de todo o procedimento e da mesma maneira, ambas as partes.⁶⁰⁶

Steffen Detterbeck, por seu turno, entende que a pretensão à outorga de jurisdição não compreenderia somente o poder de exigir pura e simplesmente a atividade do órgão judicial, mas chegaria a ponto de obrigar o Estado a

⁶⁰¹ HERBST, *Die Bedeutung*, cit., p. 164.

⁶⁰² HERBST, *Die Bedeutung*, cit., p. 164: “Dieser Anspruch fußt aber im Gegensatz zum Rechtsschutzanspruch nicht auf einem vor- oder außerprozessualen materiellrechtlichen Tatbestand und zieht auch nicht auf ein günstiges Urteil, sondern auf ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren und ein Urteil überhaupt.”

⁶⁰³ HERBST, *Die Bedeutung*, cit., p. 207; GOLDSCHMIDT, *Der Prozeß als Rechtslage*, cit., p. 77.

⁶⁰⁴ Cf. a título de exemplo, FRITZ BAUR, “Der Anspruch auf rechtliches Gehör”, in: *Beiträge zum Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht*, Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p. 83-102, esp. p. 86.

⁶⁰⁵ GG, art. 103, I: “Jedermann hat vor Gericht Recht auf rechtliches Gehör”.

⁶⁰⁶ Nesse sentido, GRUNSKY, *Grundlagen*, cit., p. 2 *et seq.*

predispor o procedimento de forma a entregar uma decisão efetiva, sob pena de não ostentar maior sentido prático.⁶⁰⁷

13. No pensamento dos três principais processualistas italianos da primeira metade do séc. XX, o conceito de tutela jurisdicional não encontrou lugar de destaque.

Chiovenda, como se sabe, erigiu seu sistema sobre o conceito de ação “como direito potestativo de reclamar a atuação da vontade concreta da lei”, noção que essa que aproximadamente ocupa a posição lógica até então desfrutada pela tutela jurisdicional, no âmbito da doutrina processual peninsular.⁶⁰⁸ Para Carnelutti, a “lide” (i. e., o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida) seria a pedra de toque de toda a construção sistemática levada a cabo pela ciência do processo, competindo à função jurisdicional e ao próprio processo, seu instrumento, a tarefa de compor esse conflito.⁶⁰⁹

Conforme sustenta Piero Calamandrei, a finalidade perseguida pelo Estado por intermédio da jurisdição seria a garantia da observância do direito objetivo.⁶¹⁰ Essa a perspectiva, verdadeiramente publicística, corresponderia a concepção do direito de ação como condição suficiente a desencadear o exercício da jurisdição, meio-termo entre a rigidamente autoritária e coletivista, típica dos defensores da teoria do direito abstrato de agir, e a liberal, que, centrada justamente no conceito de pretensão à tutela jurídica, põe o Estado a serviço do indivíduo.⁶¹¹

Como se vê, o conceito de tutela jurisdicional foi proscrito da doutrina italiana de cunho “científico”, sendo visto pelos processualistas já apontados como verdadeiro resquício imanenista característico da fase procedimentalista e “ridícula superfetação”, “resolvendo-se na tutela da tutela – dado que o direito

⁶⁰⁷ STEFFEN DETTERBECK, *Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch*, AcP, 192(1992/4):325-340, esp. p. 327.

⁶⁰⁸ CHIOVENDA, “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, in: *Saggi*, cit., p. 118; *Principii*, p. 45; *Instituições*, vol. 1, § 1º, n. 6, p. . Cf. Henning, *Ação concreta*, cit., p. 94-121, *passim*.

⁶⁰⁹ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 801..

⁶¹⁰ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., § 21, p. 72-73.

⁶¹¹ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., § 21, p. 124-125.

subjetivo costuma ser conceituado como tutela de interesses preponderantes perante a ordem jurídica”.⁶¹²

14. O conceito foi retomado pelo Código Civil italiano de 1942, cujo Livro VI (arts. 2.643-2.969) encontra-se dedicado à tutela dos direitos. Com efeito, o Título IV deste Livro (arts. 2.907-2.933), tendo como objeto a proteção jurisdicional dos direitos (“della tutela giurisdizionale dei diritti”), traça as linhas norteadoras do exercício da jurisdição em matéria cível, regula a eficácia constitutiva das sentenças, define a coisa julgada, e regulamenta a execução forçada, tanto na forma sub-rogatória quanto na forma específica. A partir daí, o tema de tutela jurisdicional dos direitos foi resgatado pela doutrina civilista e processualista italiana mais recente (v. g., Adolfo di Majo, Luigi Montesano, Andrea Proto Pisani, Cristina Rapisarda).⁶¹³

15. No âmbito brasileiro, constitui referência obrigatória o pensamento de Pontes de Miranda. Do monopólio da aplicação autoritativa do direito decorre, especialmente se levada em conta a sua dimensão proibitiva em relação à justiça privada, a promessa estatal no sentido de realizar essa aplicação. Nasce, assim, o *direito à tutela jurídica*, direito a que o estado aplique ao caso concreto a regra jurídica que sobre ele incidu (justiça). Pontes de Miranda esclarece que este direito subjetivo seria de natureza *pública*, isto é, provém de regras jurídicas de Direito Público (em nível constitucional ou infraconstitucional, nas leis processuais).

A titularidade desse direito independeria da situação do sujeito no plano do direito material. Isso significa que mesmo os que não sejam de fato titulares do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção afirmada em juízo, teriam direito à tutela jurídica.⁶¹⁴

De forma concreta, observa-se que essa titularidade não respeita apenas ao autor. Também o réu tem direito à tutela jurídica e o exerce sempre que vem a juízo.⁶¹⁵ Para o réu, esse direito apresenta, de regra, conteúdo

⁶¹² DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 801-802, esp. nota nº 12.

⁶¹³ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 803-805 (com abrangentes indicações bibliográficas a respeito do assunto, sobretudo na doutrina civilista italiana).

⁶¹⁴ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 193

⁶¹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 58, 80 e 102.

negativo e se desdobra no direito de ser ouvido e no direito à prestação jurisdicional.

Tutela jurídica significa, nesse contexto, e em atenção à finalidade precípua do processo, *aplicação pura e simples da regra jurídica*; o que se dá através da entrega de uma sentença qualquer ou, se for o caso, de atos executivos. Pontes de Miranda ressalta, portanto (nesse ponto se afasta do pensamento de Wach), que o Estado prometeu tão-somente *sentença*; não há direito à sentença favorável.⁶¹⁶

O direito à tutela jurídica, como qualquer outro direito subjetivo, atribui ao sujeito o poder exigir o cumprimento do correlato dever jurídico. Existe, pois, *pretensão à tutela jurídica*, isto é, poder de exigir do Estado que ele mesmo realize a aplicação das regras jurídicas.⁶¹⁷

Tal pretensão é exercida por meio da formulação de um pedido, dirigido ao Estado, para que este cumpra o que prometeu, fazendo justiça. Deve-se rejeitar, a partir da visão de Pontes de Miranda, qualquer identificação entre direito de petição e direito ou pretensão à tutela jurídica. Aquele seria geral, dirige-se a todos os poderes e órgãos estatais, não sendo exclusividade de algum deles. O segundo, inconfundível com o primeiro, dirigir-se-ia em regra contra o Poder Judiciário, tendo por conteúdo a aplicação da regra jurídica que incidiu e a pacificação social. A *demand*a, em relação à pretensão à tutela jurídica, nada mais seria do que o *meio que instrumentaliza o seu exercício*.

16. Observa-se, na generalidade da doutrina processual civil brasileira contemporânea, a tendência de retorno ao tema da tutela jurisdicional (etendida principalmente como tutela do direito subjetivo), interesse despertado sobretudo pela literatura italiana e pela legislação atinente à tutela específica das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa (LACP, art. 11; CDC, art. 84; CPC, arts 461 e 461-A). Destacam-se, nesse sentido, autores como José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, José Roberto dos Santos Bedaque e Flávio Luiz Yarshell.⁶¹⁸ Cândido Dinamarco, por razões a serem

⁶¹⁶ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I, cit., p. 195.

⁶¹⁷ A expressão “pretensão à tutela jurídica” é vista, pela primeira vez, na primeira edição dos *Comentários ao Código de Processo Civil*, publicada também no ano de 1947 (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* [1939], tomo I, 1. ed., cit., p. 51).

⁶¹⁸ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 806-807, com referências bibliográficas a respeito das principais abordagens de fôlego a respeito do tema na doutrina nacional.

explicitadas posteriormente, assume posição um tanto original, preferindo conceber a tutela jurisdicional como dispensada à pessoa, não apenas a seus seus direitos.⁶¹⁹

18. Feito esse apanhado, deve-se prosseguir rumo a uma definição de tutela jurisdicional que permita apanhar a essência da mandamentalidade.

1.5.2. Noção de tutela jurisdicional

1. Sem pretender examinar toda problemática relativa ao conceito de jurisdição,⁶²⁰ deve-se definir com a desejável precisão o que se entende por tutela jurisdicional (ponto normalmente pressuposto, nem sempre versado com a devida acuidade pela doutrina).⁶²¹ Trata-se, com efeito, do amparo, da proteção “outorgada mediante o exercício da jurisdição”⁶²², constituindo espécie do gênero “tutela jurídica”, no qual se inclui a tutela normativa de caráter estático conferida pelo direito material enquanto ramo do direito objetivo que define abstratamente situações de vantagem e de desvantagem entre os indivíduos e os grupos sociais, incluindo as obrigações e situações jurídicas novas prescritas para o caso de não serem observadas tais definições; ou seja, a tutela diretamente concedida pelas normas primárias e secundárias integrantes do ordenamento jurídico material (= civil, penal, tributário, etc). Incluem-se no conceito de tutela jurídica, ainda, os meios dinâmicos destinados a reforçar a efetividade de tais normas, compreendendo, entre outras, as tutelas administrativa e jurisdicional.⁶²³

2. Isso posto, cumpre enfrentar o delicado problema atinente à delimitação do objeto específico da tutela jurisdicional, tendo presente as principais coordenadas há pouco assentadas. Questiona-se, assim, se a proteção outorgada pelo Poder Judiciário dirige-se primordialmente ao direito subjetivo, ao direito objetivo, ou à pessoa humana.

⁶¹⁹ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 825-828.

⁶²⁰ Assim tb. entende Flávio Luiz Yarshell (*Tutela jurisdicional*, cit., p. 23), recordando que o conceito em questão não se identifica com o de jurisdição.

⁶²¹ A advertência é de Dinamarco (*Tutela jurisdicional*, cit., p. 805).

⁶²² DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 807.

⁶²³ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 809-811.

3. A primeira alternativa deve ser firmemente rechaçada, sob pena de retrocesso inaceitável ao imanentismo e à perspectiva condenável do “processo civil do autor”. Não se faz necessário maior exame da realidade das coisas para constar que o Estado não pode prometer a todos sentença favorável. Não pode prometé-lo sequer aos que acorrem ao judiciário. Nesse sentido, não se mostra inteiramente acertado o termo “tutela jurisdicional dos direitos”, verdadeiro vício reintroduzido de linguagem processual pelo Código Civil italiano, já generalizado na doutrina.

4. Não soa verossímil, de outra parte, pretender seja a tutela dirigida principalmente ao direito objetivo, como pretendeu Pontes de Miranda com o conceito de “pretensão à tutela jurídica”.⁶²⁴

A expressão mesma empregada pelo notável jurista, encerra dois graves inconvenientes. Primeiramente, por se reportar à *Rechtsschutzanspruch* de Adolf Wach, de que constitui tradução. Ora, o conceito cunhado pelo célebre autor alemão, no espírito do concretismo, se refere ao poder de exigir sentença favorável, competindo apenas ao litigante que demonstra assistir-lhe razão, diferindo da conotação que lhe atribui Pontes.

Em segundo lugar, observa-se que a noção, sendo abstrata, não se mostra hábil a expressar, no prisma da efetividade, a proteção que deve ser conferida ao autor vitorioso.

Se a finalidade suprema da jurisdição fosse realmente a aplicação das regras que incidiram, ficaria sem resposta a existência de meios alternativos de resolução dos conflitos (grandemente impulsionados, no plano legislativo, pela Lei nº 9.307/1996) e a atribuição, ao juiz, do encargo de tentar a conciliação (CPC, arts. 125, IV; 331; 448). O que roborava a percepção de incidirem sobre a jurisdição outros valores, entre os quais ostenta não pouca relevância a pacificação social.

5. Parece realmente que o destinatário principal da proteção outorgada pelo exercício da função jurisdicional do Estado é a própria pessoa (pessoa natural, como caso central do conceito de pessoa, mas também a pessoa

⁶²⁴ Concepção de Pontes de Miranda (*Tratado das ações*, tomo I, cit., § 26, n. 3, p. 126).

jurídica e mesmo entes despersonalizados).⁶²⁵ O interesse, seja do indivíduo, do grupo ou de toda a coletividade (o que abarca o direito subjetivo e outras situações assemelhadas, portanto) é protegido apenas de forma mediata e de forma eventual, i. e., somente quando sua existência e violação (ou ameaça de agressão) forem constatadas no curso do processo.⁶²⁶

De fato, deve-se reconhecer a pessoa humana como fundamento último de todo o direito, objetivo ou subjetivo (como se recorda a partir do adágio romano “*hominum causa omne ius constitutum*”)⁶²⁷, razão de ser, instrumento e finalidade última do próprio Estado.⁶²⁸ Nesse plano é que se dá a compatibilização dos interesses privado e coletivo (público), buscando-se o equilíbrio, sempre difícil, entre os valores efetividade e segurança.

A forma específica dessas relações depende, obviamente, de circunstâncias de variáveis espaço-temporais e culturais. Assim, à luz da idéia de autonomia privada, corolário da dignidade humana, explica-se porque o Estado não atua de ofício, aguardando a manifestação do requerente e atendo-se aos limites essenciais dessa manifestação.⁶²⁹ A mesma necessidade de proteção à pessoa humana exige, no direito brasileiro atual, o temperamento do princípio da demanda em prol da coletividade, justificando-se, dessa

⁶²⁵ Já a jurisdição exercida pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade tem em vista a tutela da própria ordem constitucional, “o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da norma jurídica abstratamente considerada, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos” (Teori Albino Zavascki, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo : RT, 2001, p. 42). Justamente em razão disso, a natureza dúplice das ações diretas, que figuram como instrumento para afirmação do direito objetivo (*op. cit.*, p. 50).

⁶²⁶ O que, no contexto do Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo, não exclui a tutela transitória da aparência, prestada de forma provisória por meio da técnica conhecida como “antecipação de tutela”.

⁶²⁷ D. 1, 5, 2.

⁶²⁸ Conforme manifestação do Tribunal Constitucional Federal alemão, a propósito do art. 103, I, GG (*BverfGE*, 9, 89[95]), o indivíduo não deve ser degradado à condição de objeto da decisão judicial, devendo ser-lhe assegurada a manifestação prévia, de modo a poder influir no julgamento da causa: “Die Aufgabe der Gerichte, über einen konkreten Lebenssachverhalt ein abschließendes rechtliches Urteil zu fällen, ist in aller Regel ohne Anhörung der Beteiligten nicht zu lösen. Diese Anhörung ist daher zunächst Voraussetzung einer richtigen Entscheidung. Darüber hinaus fordert die Würde der Person, daß über ihr Recht nicht kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt wird; der einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können zu können” (EBERHARD SCHMIDT-ABMANN, *in*: MAUNZ/DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, München : C. H. Beck, 1997, Rdnr. 2).

⁶²⁹ Hans Nawiasky, *Teoría general del derecho*, traducción de la segunda edición en lengua alemana por el Dr. José Zafra Valverde, Madrid : Rialp, 1962, p. 346.

maneira o dever de o órgão judicial aplicar o direito objetivo, investigando-o de ofício, bem como de conhecer de determinadas questões em relação às quais a lei dispensa a iniciativa da parte (v. g., a prescrição).

6. A visão ora desenvolvida de maneira nenhuma implica a proteção jurisdicional apenas do autor, o que constituiria, conforme já salientado, retrocesso inaceitável ao procedimento pré-científico. Na verdade, a tutela jurisdicional é outorgada à pessoa de diversas formas, com diferentes intensidades, antes, durante e após a tramitação da demanda.

Primeiramente, a ordem jurídica assegura ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário, na condição de demandante, para reclamar a proteção estatal, independentemente de ter razão ou mesmo da viabilidade da demanda. Assegurando-lhe também, na condição de ré, o direito de invocar essa mesma proteção, e de ser ouvida, identificando-se, nesse particular, com o conteúdo da garantia do contraditório. Mais do que isso, o acesso às garantias inerentes ao devido processo legal (concretizadas, e. g., no direito de alegar e provar, de recorrer), por meio das quais se garante o desenvolvimento de um processo justo (“*fares Verfahren*”, na dicção dos autores alemães) constitui inegavelmente uma espécie de tutela da dignidade pessoal dispensada a ambos os litigantes.⁶³⁰

Evidentemente, não se pode esquecer que o interesse público inerente à função jurisdicional impõe certas restrições ao exercício de tais garantias, sob pena de dispêndio inútil de tempo e recursos materiais, assegurando assim a proteção o interesse estatal e ao das próprias partes. Justifica-se, por conseguinte, a extinção do processo sem julgamento do mérito, seja indeferindo a inicial, por não terem sido obedecidos os requisitos mínimos para que pudesse exercer adequadamente a garantia do acesso à justiça (v. g., inépcia por ausência de pedido), seja por outros motivos indicados pelo direito positivo como relevantes (ausência de pressupostos processuais ou condições da ação). Claro está que tais formas anormais de extinção do processo, justamente por não assegurarem de forma definitiva a prevalência do interesse substancial de nenhum dos litigantes (CPC, art. 268, 'caput'), não constitui, do

⁶³⁰ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 815.

ponto de vista do resultado obtido com o exercício da função jurisdicional do Estado, modalidade de tutela plena.⁶³¹

7. A proteção dispensada a ambos os litigantes durante o *iter* processual atinge seu ápice na apreciação do *meritum causae*, concedendo-se a vitória ao que demonstrar merecê-la, na medida da conduta desempenhada durante a tramitação da causa (v. g., se a parte se desincumbiu adequadamente do *onus probandi*) e os critérios substanciais especificados pelas regras do direito material aplicadas pelo magistrado. Nessa linha, como entrevia Enrico Tullio Liebman, a tutela jurisdicional plena é dispensada apenas ao vencedor e, nesse caso, concretiza-se como proteção à esfera jurídica da pessoa.⁶³²

8. Evidentemente, a eficácia gerada pela sentença que tutela o autor vencedor dependerá de múltiplos fatores, como o objeto (imediate e imediato) do pedido, a situação jurídica substancial afirmada e reconhecida pelo Estado, bem assim do instrumental específico posto oferecido pelo direito processual para a efetivação do provimento judicial.

Ao réu vencedor, normalmente, a tutela jurisdicional apresentará contornos nitidamente declaratórios (como se verá mais adiante), proclamando-se a inexistência do direito (ou de forma mais ampla, da situação jurídica substancial) afirmada pelo autor. Todavia, a proteção concedida ao demandado vitorioso não se resume a isso, não se podendo deixar de reconhecer o seu interesse de obter o ressarcimento das custas que despendeu e dos honorários advocatícios, o que obtém por meio da condenação do vencido. A “nova execução” permite atender de forma mais efetiva esse interesse, na medida em que permite o cumprimento do capítulo condenatório da sentença, tornando desnecessário o ajuizamento de demanda executória.⁶³³

Pelo que se vê, ainda que a sentença declaratória mostre-se capaz de tutelar concretamente o interesse do réu, obviamente só faz sentido pensar-se em tutela por meio de constituição, condenação, execução ou mandamento em

⁶³¹ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 819.

⁶³² DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 812, nota nº 37; p. 816; p. 820; YARSHELL, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 24.

⁶³³ Como recorda Araken de Assis (*Manual dos recursos*, cit., p. 135), nem as sentenças do art. 267 do CPC, nem as sentenças que julgam improcedente a demanda (aí compreendido o disposto nos incisos I, segunda parte, IV e V do art. 269 do CPC), ainda que o autor deixe de recorrer, extinguem realmente o processo, que continuará para cobrança das verbas de sucumbência.

relação ao autor. Nesse passo, percebe-se que a tutela jurisdicional mandamental – o que quer que seja ela – somente poderá ser concedida ao demandante.⁶³⁴

9. Tutela-se também a pessoa do vencido, no sentido de não ser sacrificado além dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, e. g., os limites impostos ao honorários sucumbenciais (CPC, art. 20, §§ 3º, 4º e 5º, pois “sair vencido quanto ao que se chama mérito principal (...) não significa ser destroçado em seu patrimônio ou dignidade”) e as disposições protetivas concernentes à execução (CPC, arts. 475-G, 475-L, 475-M, 'caput', 586, 618, 620, 649, 655-A, § 2º, 668, 745-A).⁶³⁵

10. Em resumo, pode-se dizer que a tutela jurisdicional da pessoa desdobra-se em uma escalada de situações, principiando pelo ingresso em juízo, passando pelo gozo das faculdades decorrentes das garantias constitucionais do processo e culminando com a outorga de razão àquele que a merece.⁶³⁶ Em sentido restrito, o termo designa a proteção outorgada ao autor vitorioso.

1.5.3. Tutela jurisdicional, direito material e processo: necessidades, funções, formas e técnicas de tutela jurisdicional

1. Assentado o sentido ora emprestado à locução “tutela jurisdicional”, cumpre investigar de que forma ela contribui para a compreensão das relações entre direito material e processo, e, conseqüentemente, para a percepção do mandamento enquanto modalidade de resposta judicial aos problemas surgidos no âmbito do ordenamento substancial.

A seguinte passagem da obra de Cândido Dinamarco bem atende a essa finalidade, situando a questão no âmbito da relação entre o direito material e as eficácias da sentença:

⁶³⁴ Obviamente, o Estado não prometeu sentença favorável, nem poderia fazê-lo (Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 4, n. 4, p. 35). O ser favorável, especialmente ao autor, decorre da conjugação entre o alegado e provado no processo e os critérios substanciais de atribuição de bens dispostos pelo direito material.

⁶³⁵ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 814-815; YARSHELL, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 32-34.

⁶³⁶ Assim Cândido Dinamarco (*Tutela jurisdicional*, cit., p. 820-823), relacionando o conceito em questão com as categorias peculiares ao pensamento de Liebman, consagradas no estatuto processual vigente: faculdade de ingresso em juízo; direito ao provimento de mérito, direito ao provimento favorável.

“A tutela jurisdicional, consistindo idealmente na outorga de resultados substanciais idênticos aos que se obteriam sem o aporte do judiciário, considera-se em primeiro lugar definida e dimensionada pelo direito material – no sentido de que é sempre a este que compete atribuir bens, direitos, obrigações e situações jurídicas às pessoas, segundo as concretas *fattispecie* coincidentes com os modelos contidos nas normas. Conforme seja a realidade lamentada, terá o autor direito à manutenção de dada situação jurídica, ou à ripristinação de uma situação precedente, ou ao restabelecimento ou extinção de uma relação jurídica, ou a uma reparação etc. Tudo isso corresponde sempre ao modo como a situação concreta diante das categorias do direito material e às determinações que este dita em relação a ela. Fala-se, então, em tutela preventiva, inibitória, sancionatória, reparatória, ressarcitória etc., numa adjetivação que ainda não logrou homogeneidade entre os autores mas relaciona-se com as soluções ditadas pelo direito material para as várias espécies estabelecidas.

À técnica processual cabe a oferta de meios operacionais com os quais o juiz possa buscar os resultados assim definidos pelo direito substancial. Falar em processo de conhecimento, executivo ou cautelar, distinguindo ainda as sentenças constitutivas, condenatórias ou meramente declaratórias, significa traçar o quadro organizado dos meios pelos quais se pode chegar à tutela jurisdicional adequada segundo os ditames do direito material. As variadas situações da vida que impõem às pessoas o recurso ao processo sob pena de resignação caracterizam-se como crises de certeza, de adimplemento ou das situações jurídicas, competindo ao sistema processual a produção dos resultados que em cada caso sejam capazes de atuar concretamente a vontade do direito [material]. Nesse prisma é que se fala em tutela meramente declaratória, condenatória, executiva ou constitutiva. Ainda do ponto-de-vista processual, fala-se agora, com bastante ênfase, na tutela antecipada e na tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer (arts. 273 e 461).”⁶³⁷

2. Antes de tudo, cumpre observar apenas idealmente os resultados da tutela seriam idênticos aos conseguidos privadamente. No plano concreto, como já ressaltado, não se deve confundir a tutela prestada pelo Estado (marcada, portanto, com o selo de sua autoridade) com aquela que o indivíduo poderia obter por suas próprias forças.

⁶³⁷

DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 835-836.

3. Nesse contexto, compete ao direito material (que não deve ser tomado como sinônimo de direito privado, mas como ramo do direito objetivo que regula diretamente as relações sociais, englobando, portanto, parcelas substanciais do direito constitucional, do direito público infraconstitucional – e. g., administrativo e tributário – e até mesmo certas regras da lei processual que disciplinam a responsabilidade civil das partes, do juiz, de seus auxiliares e do Ministério Público) fornecer os esquemas normativos capazes de solucionar as diversas crises experimentadas pelos cotidianamente pelos sujeitos de direito.

4. Assim, do ponto de vista do direito material, põem-se diferentes *necessidades* a serem atendidas pela atividade jurisdicional do Estado. Pensa-se, por conseguinte, nas exigências de prevenção do ilícito, restauração da situação fático-jurídica afetada, reparação do prejuízo, coação ao cumprimento da regra jurídica, punição. Nada obsta a que se denomine veja tais situações como “crises”⁶³⁸ surgidas no dia-a-dia, antes e fora do processo, ou como “carências”⁶³⁹ a serem supridas pela atividade judicial.

Do ponto de vista da tutela jurisdicional, mas com referência a essas necessidades (“crises” ou “situações carentes de tutela”), poder-se-ia pensar nas diferentes *funções* a serem desempenhadas pelo provimento judicial favorável, podendo-se falar, por conseguinte em prevenção (tutela jurisdicional preventiva ou inibitória), restauração (tutela jurisdicional restaurativa ou reconstitutiva), reparação (tutela jurisdicional ressarcitória), coação ao cumprimento (tutela jurisdicional compulsória), punição (tutela jurisdicional punitiva),

Não se pode esquecer, ainda, as necessidades de tutela não imediatamente referidas ao descumprimento de dever jurídico, como a remoção do estado de incerteza a respeito de direitos e obrigações, a anulação do ato jurídico celebrado mediante coação, a resolução do contrato por impossibilidade, o divórcio.⁶⁴⁰ A tais crises, relativas, de um modo ou de outro,

⁶³⁸ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 836; SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 264.

⁶³⁹ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer*, cit., p. 197 e 218.

⁶⁴⁰ Distingue-se no presente trabalho, por conseguinte, na esteira do pensamento de Georg Henrik von Wright (*Norma y acción : una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid : Tecnos, 1979, n. 5, p. 26-27; n. 7, p. 29-30), as regras jurídicas que têm por fito disciplinar diretamente a conduta humana, prescrevendo deveres positivos e negativos (proibições) e, por via reflexa, delimitando esferas jurídicas protegidas (direitos subjetivos), a

à existência, à validade e à eficácia dos fatos jurídicos, também funções específicas da tutela jurisdicional: a de certificação e de provocação de uma alteração jurídica imediata.⁶⁴¹

5. Ao direito processual, à luz dos princípios e valores consagrados pela ordem jurídica, compete dispor os meios adequados à satisfação dessas necessidades.

Isso não significa, evidentemente, que se vá encontrar no CPC a especificação dos verbos e dos casos em que se mostram aplicáveis. Na verdade, as formas de tutela jurisdicional decorrem da conjugação entre as garantias constitucionais do processo, i. e., os princípios e regras superiores do ordenamento (e. g.: o princípio do contraditório e a regra que proíbe a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar e a do depositário infiel, previstos, respectivamente, no art. 5º, incisos LV e LXVII, da Constituição Federal), e os princípios e regras integrantes da legislação ordinária (por exemplo: o princípio da demanda, deduzido, entre outros, dos arts. 2º e 126 do CPC, e a regra constante do 475-J do estatuto processual).

Por conseguinte, as eficácias das sentenças (e as classes respectivas) são ditadas pelo direito público (constitucional e processual) tendo em vista os objetivos propostos pelo direito material, de molde a instrumentalizar a realização desse último.⁶⁴² E isso levando em conta, particularmente, a articulação entre os princípios dispositivo e da demanda, da adequação, da segurança jurídica e da efetividade, como verá com maior vagar na segunda Seção deste Capítulo.⁶⁴³

que se costuma denominar “regras deônticas”, das regras que estabelecem meios necessários para a consecução de determinados fins, como a produção de atos jurídicos válidos, chamadas de “regras técnicas”. Cf., a respeito, GREGORIO ROBLES, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, Palma de Mallorca : Facultad de Derecho, 1984, *passim*; CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona : Ariel, 10. ed., 2001, p. 67-69. Daí decorre a percepção fundamental de que a invalidade em si mesma não constitui sanção, como pensava Norberto Bobbio (*Teoria generale del diritto*, cit., n. 39, p. 121-123), mas consequência necessária do não-atendimento a determinada regra técnica.

⁶⁴¹ Tomo essa última expressão da obra de Sérgio Muritiba (*Ação executiva lato sensu e ação mandamental*, cit., p. 152).

⁶⁴² Portanto, apesar de não serem fenômenos puramente processuais, como observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*O problema da eficácia da sentença*, cit., p. 45 e 46), são definidas em última análise pelo direito processual. De forma semelhante, SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 271.

⁶⁴³ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e tutela jurisdicional*, cit., p. 106-107.

6. Daí a observação conclusiva de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “declarar, condenar, constituir, executar ou mandar são verbos que não constam do repertório do direito material”; pois “este fala em indenizar, resolver contrato, em renúncia de direito etc”.⁶⁴⁴

Os verbos declarar, condenar, constituir, executar e mandar designam, por conseguinte, as *formas* de tutela jurisdicional, ou seja, os modos como a jurisdição estatal atua para proteção das pessoas, de seus direitos ou da própria ordem jurídica, tudo isso contemplando desde o ângulo do processo e das eficácias da sentença.⁶⁴⁵ Outra maneira de veicular a mesma idéia seria dizer que os mencionados verbos expressam os *meios* destinados a fornecer a referida tutela.⁶⁴⁶

7. Não se trata, bem entendido, de reduzir ingenuamente o direito material ao “conteúdo” e o processo à simples “forma”. Como lembra Galeno Lacerda, em passagem assaz conhecida, “o direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais”, enquanto “o direito processual, como instrumento, de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais”. A verdadeira antítese, prossegue o jurista, “não é entre direito material – direito formal e sim, direito material – direito *instrumental*”, pois o instrumento, “como ente *a se*, possui matéria e forma próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita *material*, sobre a qual opera”.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema da eficácia da sentença*, cit., p. 51. Obviamente que, no “etc” empregado pelo processualista (a despeito da vagueza semântica inerente à partícula) não se contam os verbos declarar, constituir, condenar, executar e mandar, já pré-excluídos pelo autor no mesmo trecho. Esclarecido, por conseguinte, o “misterioso desaparecimento” das eficácias da sentença (Ovídio A. Baptista da Silva, *Direito material e processo*, cit., p. 72), que, novamente, não são definidas pelo direito material.

⁶⁴⁵ Expressão também utilizada, no sentido proposto no texto, por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Formas de tutela jurisdicional do chamado processo de conhecimento*, p. 62; *idem*, *Efetividade e tutela jurisdicional*, cit., p. 104) e Cássio Scarpinella Bueno (*Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 271).

⁶⁴⁶ DINAMARCO, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 836.

⁶⁴⁷ GALENO LACERDA, *Comentários ao CPC*, vol. VIII, tomo I, cit., n. 7, p. 24; C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 4.

8. De outra parte, há quem pretenda qualificar as formas de tutela jurisdicional (no sentido adotado nesta Tese) como técnicas de tutela, postura que merece ser examinada mais de perto.⁶⁴⁸

Não há dúvida de que os institutos processuais (orientados pelo princípio da instrumentalidade) servem, pouco mais ou menos nessa ordem, à tutela do ser humano e à realização da ordem jurídica e das situações jurídicas por elas reconhecidas e protegidas. Todavia, o próprio direito objetivo constitui positivamente de poder, de modo que no conjunto das normas jurídicas vigentes transparecem verdadeiras decisões políticas do Estado destinadas a orientar não apenas a conduta das pessoas na vida social, mas a sua própria atuação.⁶⁴⁹

Essa constatação está vinculada ao problema muito mais amplo da relação entre os aspectos ético e técnico do direito, que aqui será apenas sugerido.⁶⁵⁰

De fato, tais decisões, por concernirem à identificação concreta do bem humano e aos meios para realizá-lo, orientam-se por critérios estabelecidos pela racionalidade prática, cuja excelência, no âmbito da filosofia de corte aristotélico, tem recebido o nome de “prudência” ou “sabedoria prática”. Essa, com efeito, nada mais seria do que a virtude do bem deliberar, do ponto de vista moral, no que concerne aos assuntos humanos, aplicando-se, assim, às realidades ético-políticas. Não se cuida, aqui, de um saber matemático, de forma que, ao invés de assinalar a única alternativa correta dentre as várias que se apresentam ao agente, permite, mais propriamente, selecionar as incorretas.⁶⁵¹

Como ensina Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, a relevância da prudência transcende a esfera das escolhas individuais, dizendo respeito ao campo próprio do legislador, enquanto ente responsável pela definição das bases do

⁶⁴⁸ Postura adotada por Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 146).

⁶⁴⁹ Assim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 125; *idem*, *Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento*, cit., p. 63; Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 225; p. 266.

⁶⁵⁰ Problemática já detectada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Direito material, processo e tutela jurisdicional*, cit., p. 291-293).

⁶⁵¹ Sintetizo brevemente a exposição de Luis Fernando Barzotto (*Prudência e jurisprudência*, cit., 170-176) e Carlos Ignacio Massini (*La prudencia jurídica*, cit., p. 31-41), mencionadas no Capítulo 1 desta Tese.

convívio político, e do juiz, a quem compete a missão de administrar a justiça⁶⁵² (por isso mesmo denominado, noutra passagem, de “justiça animada”)⁶⁵³.

Obviamente, a prudência requer, tanto no âmbito da legislação quanto no da jurisdição, o domínio da excelência técnica, à qual compete definir os meios destinados a instrumentalizar a realização da escolha correta.⁶⁵⁴ Em outros termos, como recorda Luis Fernando Barzotto, o conhecimento técnico “busca orientar a produção de um determinado resultado guiando-se pelos valores da utilidade, da eficiência e da produtividade”.⁶⁵⁵

De outro ângulo visual, observa-se que, diferentemente da excelência no raciocínio prático, cujo domínio acaba por provocar o aperfeiçoamento moral do próprio sujeito, o saber técnico mostra-se moralmente neutro, podendo servir à prática de ações intrinsecamente boas ou ruins.⁶⁵⁶ Deve, portanto, ser orientado pela prudência, não constituindo fim em si mesmo.⁶⁵⁷ Não se trata, bem entendido, de menosprezar a técnica, mas de colocá-la em seu devido lugar, enquanto faculdade criativa, relativamente ao problema ético.⁶⁵⁸

Por tudo isso, não se deve entender os verbos “declarar”, “constituir”, “condenar”, “executar” e “mandar” como simples técnicas postas a serviço do direito material. Constituem, antes, formas de manifestação do poder de que se

⁶⁵² ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, VI, 1141b 31-33; BARZOTTO, *Prudência e jurisprudência*, cit. 175-176.

⁶⁵³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1132a 21.

⁶⁵⁴ MARTIN RHONHEIMER, *Die Perspektive der Moral : Philosophische Grundlage der Tugendethik*, Berlin : Akademie Verlag, 2001, p. 328-329.

⁶⁵⁵ BARZOTTO, *O direito ou o justo*, cit., p. 160. Semelhante, no essencial, a perspectiva de Cândido Dinamarco (*A instrumentalidade do processo*, cit., p. 224-225): “tem-se por técnica a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados. (...) A técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste”.

⁶⁵⁶ BARZOTTO, *Prudência e jurisprudência*, cit., p. 173: “A prudência se distingue também do saber técnico. O saber técnico está voltado ao ‘fazer’, ao passo que o saber prático da prudência dirige-se ao ‘agir’. A diferença está em que o fazer tem por fim produzir uma perfeição exterior ao agente, ao passo que a ação tem como fim a perfeição do próprio agente.”

⁶⁵⁷ Nesse sentido, René-Antoine Gauthier; Jean-Yves Jolif, *L'Étique a Nicomaque*, tome II, 2.^{ème} partie (livres VI-X), 2.^{ème} éd., Louvain : Publications universitaires, 1970, p. 460; S. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 57, a. 3, ad 2.

⁶⁵⁸ Sobre a dignidade da técnica jurídica (tema que não pode ser analisado agora), cf. Rudolph von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, cit. § XXXVIII, p. 322-333.

encontra revestido o órgão jurisdicional, encontrando-se impregnados, assim, dos valores superiores consagrados pelo ordenamento e das opções prudenciais destinadas à sua concretização *hic et nunc*.⁶⁵⁹

9. Nesse contexto, parece mais acertado reservar a expressão *técnicas de tutela* aos “específicos instrumentos destinados a exteriorizar para o plano material, a dar vida nele, às diversas formas de tutela jurisdicional”, ou seja, à declaração, à constituição, à condenação, à execução e ao mandamento. Verbos esses “existentes no plano do processo, embora dirigidos para o plano material, fora do processo, portanto”.⁶⁶⁰

Como ilustra, de forma esclarecedora, Cássio Scarpinella Bueno, “uma coisa é (...) destacar a existência, por exemplo, de uma 'tutela mandamental’; “outra, bem diversa, é verificar em que condições” essa forma de tutela “pode agir, pode atuar, pode comunicar-se com o plano material para tutelar (...) o direito material em crise, tal qual reconhecido”: “pode o magistrado multar o réu? Qual é a dinâmica desta multa? Pode o magistrado prender o réu? Qual é a dinâmica desta prisão? Trata-se de uma prisão civil? Trata-se de uma prisão penal?”⁶⁶¹

10. Em síntese, pode-se dizer que o direito material estabelece determinadas *necessidades* ou *situações carentes de tutela* (“crises”), às quais corresponderão as *funções* da tutela jurisdicional desempenhadas segundo *formas* (meios) predeterminadas que, por seu turno, se expressarão, do ponto de vista prático, por intermédio de *técnicas* específicas.

1.5.4. Das necessidades e das funções da tutela jurisdicional em particular

⁶⁵⁹ Impossível, ainda, perder de vista o papel desempenhado pela cultura (indispensável para explicar as escolhas políticas inerentes ao ato de legislar), verdadeira mediadora entre as concepções abstratas a respeito do justo e do injusto e as contingências históricas da realidade social concreta. A respeito, cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 75 e nota nº 33 (com referências a Galeno Lacerda e Cândido Dinamarco).

⁶⁶⁰ SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, tomo I, cit., p. 264.

⁶⁶¹ SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, tomo I, cit., p. 265.

1. Com vistas especialmente à definição do papel da mandamentalidade perante o direito material (tema que será abordado especificamente na próxima Seção), cumpre distinguir sumariamente as principais funções da tutela jurisdicional, não se podendo perder de vista a advertência de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que ainda não se firmou uma terminologia uniforme a respeito das principais categorias em questão.

2. Assim, restando assentado que o processo existe para instrumentalizar a realização do direito material, e sabendo-se que as necessidades carentes de tutela, postas pelo direito material são variadas, costuma-se pensar que a própria tutela jurisdicional deve se adaptar a essas diferentes necessidades (daí a idéia de “tutela jurisdicional diferenciada”). Nesse sentido, como já visto, pode-se classificar as tutelas em função das distintas necessidades jurídico-materiais que visam a atender.⁶⁶²

3. Para esboçar um quadro geral, portanto sem pretensão de exaustividade, mas que contemple as situações mais comuns, mostra-se necessário distinguir entre o ato contrário à norma, de um lado, e suas conseqüências prejudiciais a determinado interesse (pouco importando se individual ou o de natureza transindividual), de outro, situações identificadas doravante como “ilícito” e “dano”.

Por ilícito, entende-se o ato contrário ao prescrito pela norma à norma.⁶⁶³ Em outros termos, ato ilícito nada mais é do que o descumprimento do dever jurídico, pouco importando o seu caráter danoso ou se foi praticado com culpa ou dolo.⁶⁶⁴

Como acentua de Cupis, dano, em sentido genérico, não-técnico, significa prejuízo, ou seja, uma diminuição ou alteração de uma situação

⁶⁶² Na síntese que segue, reporto-me fundamentalmente às exposições de José de Oliveira Ascensão (*Introdução à ciência do direito*, cit., n. 28-33, p. 57-68), Adolfo di Majo (*La tutela civile dei diritti*, Milano : Giuffrè, 4. ed., 2003, *passim*); Luiz Guilherme Marinoni (*Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 249 *et seq.*; 417 *et seq.*); Eduardo Talamini (*Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer*, cit., p. 168-186) e Sérgio Muritiba (*Ação executiva lato sensu e ação mandamental*, cit., p. 121-155).

⁶⁶³ Como mostra Adriano de Cupis (*El daño*, cit., n. 4, p. 85-87), ilícito é o ato contrário à norma jurídica e, *a fortiori* (embora nem sempre), lesivo ao direito subjetivo.

⁶⁶⁴ SPADONI, *Ação inibitória*, cit., p. 57.

favorável.⁶⁶⁵ No sentido jurídico, o objeto do dano é sempre um interesse humano, seja de natureza privada ou pública, patrimonial ou não-patrimonial.⁶⁶⁶

Não se pode perder de vista a inexistência de relação necessária entre ilícito e dano. Com efeito, pode ocorrer que do ato contrário à norma não concretamente decorra prejuízo algum (e. g.: o fornecedor põe à venda produto com prazo de validade vencido, retirando-o de circulação antes que algum consumidor o adquira). De outra parte, nem todos os danos decorrem de atos ilícitos; às vezes o ato causador do dano é lícito, i. e., conforme ao direito (objetivo). Nesse sentido, o exemplo prosaico recolhido por Adriano de Cupis: o titular tem o direito de perseguir, por ato próprio, as abelhas que se evadiram para prédio vizinho (trata-se, portanto, de conduta lícita), mas o dano eventualmente ocasionado deve ser indenizado (arts. 924-925 do c. c.).⁶⁶⁷

4. A partir disso, estrutura a distinção, já esboçada, entre as prescrições do direito material relativamente ao ilícito (prevenção, cumprimento compulsório e punição) daquelas que dizem respeito à reconstituição do direito (restauração) e à remoção do dano (ressarcimento), situações que se deve analisar mais de perto.

5. Com efeito, à necessidade de prevenir o ilícito (e, conseqüentemente, o próprio dano), corresponde, como visto, a função inibitória da tutela jurisdicional. Parte-se da constatação de que é mais prático prever o ilícito do que combater ou minorar suas conseqüências, mostrando relevante em inúmeros campos do direito material, sobretudo aqueles em que o ilícito mostra-se capaz de afetar uma massa indeterminada de sujeitos, como nas questões envolvendo meio-ambiente e relações de consumo.

Do ponto de vista prático, a inibição atua por meio da coação psicológica (ameaças), de molde a evitar o descumprimento da regra. Não requer sequer a probabilidade de dano efetivo, mas de simples ilícito.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ DE CUPIS, *El daño*, cit., n. 3, p. 81.

⁶⁶⁶ DE CUPIS, *El daño*, cit., n. 8, p. 107; n. 9, p. 114-115; n. 10, p. 120-123.

⁶⁶⁷ DE CUPIS, *El daño*, cit., n. 5, p. 93. Sem cair na tentação do puro esquematismo, deve-se relativizar a separação absoluta entre ilícito e dano. E isso porque o simples perigo de dano que decorre do ilícito já é de certa forma um dano, na medida em que produz certa diminuição (ainda que breve e fugaz) na segurança do gozo mesmo do bem jurídico tutelado pela norma (*op. cit.*, p. 91).

⁶⁶⁸ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 255.

6. Deve-se evitar a confusão estabelecida no âmbito da doutrina italiana e brasileira entre as tutelas inibitória e cautelar, “verdadeira heresia” jurídica (no dizer de Marioni) que se faz necessário dissipar.⁶⁶⁹

A primeira ostenta maior amplitude do que a segunda, justamente por abstrair o perigo de dano. De fato, como visto, o ilícito – não o prejuízo efetivo – é que constitui pressuposto da tutela inibitória.⁶⁷⁰ Esta, ademais, apresenta caráter definitivo (i. e., satisfativo), ao passo que a tutela cautelar, em contrapartida, requer precisamente a configuração do perigo de dano iminente e irreparável, restando ausente, ademais, a nota característica da satisfatividade.⁶⁷¹

De esclarecer que essa diferenciação não resta turbada pelo caráter eventualmente sumário da cognição judicial presente na sentença que presta tutela jurisdicional inibitória, como se percebe nos interditos possessórios, em que, “desde a liminar, já há prestação jurisdicional satisfativa que ultrapassa a simples segurança”, consoante recordam Luiz Guilherme Marinoni e Ovídio A. Baptista da Silva.⁶⁷² Assim, do ponto de vista do direito material, a tutela preventiva (inibitória) desde logo satisfaz o direito subjetivo posto em causa, de forma definitiva, prevenindo o ilícito,⁶⁷³ ao passo que a tutela cautelar limita-se a assegurar a sua futura satisfação.

Mostra-se útil, a esse respeito, a proposta classificatória de Joaquim Felipe Spadoni, no sentido de enquadrar as tutelas inibitória e cautelar como espécies do gênero “tutela preventiva”.⁶⁷⁴

⁶⁶⁹ MARINONI, *Tutela inibitória*, cit., p. 66-70; 257.

⁶⁷⁰ MARINONI, *Tutela inibitória*, cit., p. 56.

⁶⁷¹ MARINONI, *Tutela inibitória*, cit., p. 252; GRINOVER, *A tutela preventiva das liberdades – habeas corpus e mandado de segurança*, AJURIS, 22(julho/1981):102-116, esp. p. 103-104.

⁶⁷² MARINONI, *loc. cit.*, e nota nº 46. Como adverte Ovídio A. Baptista da Silva, não se pode confundir a *tutela* cautelar com o *procedimento* cautelar, ou seja, os remédios jurídicos típicos e atípicos destinados a outorgá-la, e que pode ser utilizado de forma anômala para outorgar tutela jurídica destinada a satisfazer antecipadamente o direito posto em causa. Vale recordar que o direito brasileiro atual conferiu a ambas as tutelas procedimentos distintos, de molde a superar-se a anomalia existente em outros sistemas jurídicos, como o italiano.

⁶⁷³ Assim Spadoni, *Ação inibitória*, cit., p. 32.

⁶⁷⁴ SPADONI, *Ação inibitória*, cit., p. 32, nota nº 22. Nesse sentido também Ada Pellegrini Grinover (*A tutela preventiva das liberdades*, cit., p. 103) e José Carlos Barbosa Moreira (“Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in: *Temas de Direito Processual [Segunda Série]*, 2. ed., São Paulo : Saraiva, 1988, p. 21-29, esp. p. 25), a partir da ótica, tradicional no âmbito da Escola de São Paulo, de que o processo cautelar ostenta caráter acessório e destina-se à assegurar a eficácia do processo principal. Do ponto de vista da doutrina de Pontes de

Desborda dos limites deste trabalho a tomada de partido a respeito de uma ou outra visão acerca da natureza da tutela cautelar. Constatase, entretanto, que a perspectiva adotada por Ovídio A. Baptista da Silva, no sentido de que a necessidade de proteção acautelatória, não satisfativa (que ele denomina, de forma coerente com a doutrina da ação material por ele adotada, de pretensão cautelar), brota do próprio plano material, mostra-se mais adequada à percepção da mandamentalidade em sua plenitude.

Do ponto de vista da eficácia da sentença, de outra parte, assiste razão a Pontes de Miranda: realmente não há razão para destinar à tutela cautelar classe especial, pois a sentença de procedência haverá de pertencer, de acordo com a eficácia preponderante, a uma das cinco classes por ele admitidas.⁶⁷⁵

7. A segunda situação carente de tutela diz respeito às situações em que norma é passível de ser cumprida tardiamente, mesmo depois de violada, ou seja, pode voltar a ser observada sem que se cogite imediatamente do dano decorrente do descumprimento (fator que também aqui não é pressuposto para a outorga da tutela jurisdicional favorável).

Nesse caso, resta evidente que a função desempenhada pela tutela jurisdicional traduzir-se-á na coerção ao cumprimento⁶⁷⁶, atuando por meio de medidas destinadas a levar o infrator a adotar, embora tardiamente, a conduta devida.⁶⁷⁷ Dessa maneira, “reage-se ao ilícito por meio de sanções destinadas a infligir um sofrimento ou uma privação ao faltoso, de modo a forçá-lo a cumprir”.⁶⁷⁸

Miranda, desenvolvida no Rio Grande do Sul por Ovídio A. Baptista da Silva, a tutela cautelar destina-se à salvaguarda do próprio direito subjetivo, constituindo forma não satisfativa de proteção jurisdicional, ao lado da satisfativa (Curso de processo civil). Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a tutela cautelar constituiria espécie do gênero “tutela de urgência”, juntamente com o instituto da antecipação de tutela (*Perfil dogmático da tutela de urgência*, cit., p. 223). Assim, ajustando essas idéias aos termos do texto, poder-se-ia dizer que a tutela de urgência constitui verdadeiro subgênero da tutela preventiva, sendo que as tutelas cautelar e antecipatória constituiriam verdadeiras modalidades ou espécies de tutela jurisdiciona urgente.

⁶⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., p. 286; tomo VI, 329 *et. seq.*; p. 385. *Idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo XII, 1. ed., cit., p. 21-22.

⁶⁷⁶ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 279-281.

⁶⁷⁷ ASCENSÃO, *Introdução à ciência do direito*, cit., n. 29, p. 59.

⁶⁷⁸ *Ibidem*. O que chamo “tutela compulsória” corresponde, aproximadamente, ao que Marinoni denomina “remoção do ilícito” (*Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 268-269).

8. A terceira crise e adimplemento tem em conta as situações em que o descumprimento do preceituado pela norma é em si mesmo irreversível. A tutela punitiva justifica-se, portanto, pela necessidade de aplicação, ao infrator, da sanção prescrita pela norma secundária, i. e., de determinado mal físico (prisão) ou patrimonial (multa, indignidade para suceder) como retribuição pelo ilícito cometido.

9. A necessidade de reconstituição, isto é, de restabelecimento do *status quo ante*, da própria situação fática e jurídica anterior ao ilícito. Decorre daí a função restaurativa ou reconstitutiva da tutela judicial prestada em favor do autor vitorioso.

Conforme esclarece Adolfo di Majo, seu fundamento reside não propriamente no dano, mas no próprio direito subjetivo afetado: este o elemento a reclamar a reintegração.⁶⁷⁹

10. Do ponto de vista do dano, de outra parte, surge a necessidade de reparação, i. e., da remoção do dano por meio da reintegração da situação anterior. Do ponto de vista da tutela reclamada, tem-se a função ressarcitória da tutela jurisdicional (“tutela ressarcitória”).

A primeira modalidade leva em conta a falta do próprio bem devido e a impossibilidade de substituí-lo por outro da mesma qualidade (ressarcimento do *damnum emergens*). Também se atende, nessa situação, à necessidade de reparação de outros danos patrimoniais decorrentes do ilícito, como juros de mora e lucros cessantes, bem como à reparação de danos extrapatrimoniais (morais, estéticos).⁶⁸⁰

A situação delineada exige, como recorda Carnelutti, o sacrifício de um interesse diferente do interesse tutelado pela norma, mas a ele equivalente ou capaz de compensá-lo.⁶⁸¹ Estabelece-se, no fundo, a correspondência valorativa entre a indenização e o dano⁶⁸², tendo-se na pecúnia o elemento capaz de reduzir a um denominador comum o prejuízo e a penalidade.⁶⁸³

⁶⁷⁹ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 320.

⁶⁸⁰ ASCENSÃO, *Introdução à ciência do direito*, cit., n. 31, p. 64-66.

⁶⁸¹ CARNELUTTI, *Teoria geral do direito*, trad. de Antônio Carlos Ferreira, São Paulo : LEJUS, 1999, § 45, p. 115.

⁶⁸² ASCENSÃO, *Introdução à ciência do direito*, cit., n. 31, p. 64.

⁶⁸³ Idéia que já está presente em Aristóteles (*Ética a Nicômaco*, V, 1133a 20-21).

De outra parte, a reparação *in natura* manifesta-se como constituição do estado hipotético de coisas que teria existido se o dano não tivesse ocorrido.⁶⁸⁴

Como se vê, as funções reconstitutiva e ressarcitória na forma específica (*in natura*) da tutela jurisdicional distinguem-se na medida em que esta visa ao estabelecimento do estado hipotético ao passo que aquela se dirige à reconstituição da situação anterior efetivamente existente.⁶⁸⁵

11. Além das “crises” já apontadas, relativas a problemas de inadimplemento (Dinamarca), não se pode descuidar ainda, daquelas atinentes à certeza jurídica e às situações em que é necessário recorrer à via judiciária para obtenção de determinados efeitos jurídicos (geralmente ligada aos direitos potestativos), produzidos imediatamente pelo ato judicial. Ambas as carências mostram-se alheias à órbita da tutela mandamental, posto que possam eventualmente requerer a expedição de mandados.

12. De acentuar, outrossim, que restituição e ressarcimento não são propriamente sanções, como sugerem alguns⁶⁸⁶, mas obrigações instituídas pelo direito material (isto é, por normas primárias de caráter subsidiário) a fim de atuarem em caso de descumprimento do dever principal.⁶⁸⁷ Nesse caso, o papel da jurisdição é justamente realizar coativamente tais obrigações lançando mão dos meios de coerção adequados, conforme o caso.

Importante destacar, finalmente, sob pena de cair-se em esquematismos vazios, que as funções em questão podem ser combinadas, como nas mais das vezes ocorre.⁶⁸⁸ Assim, poder-se-ia conceber a aplicação concomitante ou sucessiva de diversas tutelas. Assim, por exemplo, à invasão de um imóvel

⁶⁸⁴ DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 262; TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer*, cit., p. 184; MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 426.

⁶⁸⁵ DI MAJO, *loc. cit.*

⁶⁸⁶ ASCENSÃO, *Introdução à ciência do direito*, cit., n. 30, p. 61 e n. 31, p. 64; TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer*, cit., p. 169.

⁶⁸⁷ HANS KELSEN, *Teoria pura do direito*, trad. de João Baptista Machado, São Paulo : Martins Fontes, 6. ed., 1998, p. 139. Equivocado, portanto, quanto ao uso do termo sanção genericamente como “consequência desfavorável” estatuída por uma regra sancionatória, José de Oliveira Ascensão (*Introdução à ciência do direito*, cit., n. 28, p.57).

⁶⁸⁸ Como observa, com propriedade José de Oliveira Ascensão (*Introdução à ciência do direito*, cit., n. 27, p. 58): “note-se desde já que a existência de vários tipos de sanções não significa que elas se excluam na sua aplicação. Várias sanções podem cumular-se em reação a uma só violação. Um homicídio pode pôr em ação por exemplo sanções compensatórias (indenização por danos não patrimoniais), preventivas (cassação de licença de porte de arma) e punitivas (prisão).”

pode-se seguir a aplicação de uma pena (na esfera criminal), a necessidade de restaurar o direito lesado, expulsando-se o invasor (restituição) e o ressarcimento dos danos eventualmente causados. Em certos casos, quando frustrada a tentativa de restauração, passa-se ao diretamente ao ressarcimento.

2. A mandamentalidade no quadro das formas de tutela jurisdicional

A presente seção encontra-se dedicada à definição da mandamentalidade enquanto forma de tutela jurisdicional. Para tanto, e, primeiro lugar, delimitar-se-ão de forma negativa os lindes entre as tutelas declaratória, constitutiva, condenatória, executiva e mandamental. Posteriormente, buscar-se-á identificar as características essenciais a essa última forma de tutela. Finalmente, serão apontadas as principais funções da tutela jurisdicional mandamental, destacando seu papel na proteção de situações jurídica tanto publicísticas quanto de direito privado.

2.1. Observações iniciais

1. Sem perder de vista a necessidade de um critério classificatório uniforme (consoante advertência de Babosa Moreira)⁶⁸⁹ – no caso, a eficácia preponderante da sentença –, verifica-se a possibilidade de enriquecer a análise com outros elementos, como o arranjo principiológico peculiar a cada forma de tutela e a função jurídico-substancial por ela desempenhada.

Assim, à luz da postura metodológica denominada “formalismo-valorativo”⁶⁹⁰, as formas de tutela estruturam-se a partir das balizas fornecidas pelos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais do processo,

⁶⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, *Questões novas e velhas*, cit., p. 141-142; *idem*, *A sentença mandamental*, cit., p. 264; *idem*, *Sentença executiva?*, Revista de Processo, 114(mar.-abr./2004):147-162, esp. p. 161.

⁶⁹⁰ CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, disp. em http://www.alvarodeoliveira.com.br/form_valorativo.rtf, acessado em 18.12.2007, n. 3, p. 5-18, *passim*. Cf. Também a síntese de Daniel Mitidiero (*Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 204, p. 19-20).

especialmente, os relativos à efetividade da jurisdição, à segurança jurídica, à demanda e à adequação da tutela jurisdicional.⁶⁹¹

2. Por outro lado, o fato de as diferenças entre as formas de tutela nascerem no direito constitucional não anula o fato de poderem ser explicadas à luz das distintas funções exercidas em função da situação material carente de tutela. Até porque a configuração específica dos princípios constitucionais mencionados depende, claramente, da crise jurídico-material a reclamar solução. Assim, v. g., a reprovação da conduta do demandado particulariza-se também pelo dever de ressarcir, ao passo que a ordem justifica-se como meio de prevenir o ilícito, coagir ao cumprimento, reconstituir a situação fático-jurídica afetada e coagir ao ressarcimento na forma específica.

Não se incorre, todavia, na atitude censurada por Barbosa Moreira (a saber: a mistura de critérios heterogêneos), ocorrendo simples especificação ulterior, no sentido exemplificado na parte final do texto *Sentença executiva?*

3. Procede-se, assim, ao exame da essência da eficácia preponderante na sentença pertencente a cada uma das cinco formas de tutela, elemento particularizado e iluminado pela delimitação das principais necessidades de tutela a serem instrumentalizadas em cada situação e pelo comportamento esperado do vencido. Aponta-se, em seguida, e em função disso, o princípio constitucional que justifica o tipo de proteção jurisdicional outorgada ao vencedor. Examina-se, finalmente, o papel desempenhado pela eficácia mandamental, na condição de eficácia secundária, em cada uma das outras formas de tutela.

2.2. Mandamentalidade e declaração

1. A essência da eficácia sentencial declaratória reside na confirmação autoritativa realizada pelo Estado-juiz a respeito daquilo que existe ou não existe no mundo jurídico. Como bem apontou Pontes de Miranda, a declaração exaure-se no plano do verbo, isto é, no enunciado a respeito do ser ou não ser (“julgamento de existência”). Nesse sentido, não se cuida propriamente de ato a ser praticado pelo magistrado (no sentido de interferência direta no plano dos

⁶⁹¹ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 142 et seq.

fatos), restringindo-se sua conduta – quanto à eficácia da sentença –, ao plano do pensamento. Novamente, sem entrar no mérito das polêmicas a respeito da natureza da coisa julgada material, não é difícil perceber que o elemento declaratório da sentença (desde que dotado de peso relevante) constitui o núcleo a partir do que se irradia a autoridade do caso julgado.

O efeito correspondente à eficácia declaratória consiste, como visto, na própria certeza jurídica decorrente da afirmação estatal, de modo que a integrar, excepcionalmente, o próprio ato sentencial.⁶⁹² Bem se vê, po que a tutela em questão privilegia o valor segurança jurídica, relegando ao segundo plano o da efetividade.⁶⁹³

3. Como objeto da declaração, aponta-se, em primeira linha, a relação jurídica e os eficácia dela decorrente (i. e., as situações jurídicas subjetivas nela inseridas: direitos subjetivos e deveres, pretensões e, na ótica de Pontes, ações materiais e exceções).⁶⁹⁴

A doutrina corretamente aponta para a impossibilidade de declaração da norma jurídica ou de simples fato. Em verdade, se fosse possível submeter à cognição judicial questão concerne apenas à existência ou incidência da regra, assim como de mero fato (ainda que juridicamente relevante), restaria inviabilizada a tutela do próprio direito de defesa do demandado. E isso porque de uma única norma ou fato pode decorrer a constituição de uma infinidade de relações jurídicas. Somente com a individualização de tais efeitos seria possível determinar com exatidão o alcance do pedido do autor, conseqüentemente, possibilitar ao réu o exercício adequado do contraditório.⁶⁹⁵

A possibilidade pleiter declaração da falsidade de documento, conforme autorização concedida pelo art. 4º, II, do CPC, justifica-se na medida em que o documento pode ser relevante para a determinação da existência da relação

⁶⁹² OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Conteúdo da sentença e coisa julgada*, cit., p. 216. Do ponto de vista do objeto da declaração, opera-se aquilo que José Maria Rosa Tesheiner denomina “transformação idêntica”, no sentido de que a relação jurídica ou direito declarados permanecem como eram antes de serem deduzidos em juízo (*O problema da classificação das sentenças*, cit., p. 73: “pode ser que encontremos, depois da sentença, exatamente o mesmo estado de coisas que existia antes dela”).

⁶⁹³ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 178-179.

⁶⁹⁴ Para maiores indicações, cf. C. A. Alvaro de Oliveira, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 185.

⁶⁹⁵ ANDREA PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari : Cacucci, 1982, p. 92-94; C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema da eficácia da sentença*, cit., p. 48.

jurídica ou de seus efeitos, de maneira que o objeto da tutela jurisdicional não é o documento em si.⁶⁹⁶

4. A eficácia mandamental, por seu turno, traz obviamente como pressuposto o reconhecimento da existência da relação jurídica (ou de sua inexistência, e. g., do indébito tributário) e do direito à obtenção da ordem, ao que se acrescenta o ato do juiz, o mandando para que se observe ou se deixe de observar determinada conduta. Conseqüentemente, a emissão da ordem se dá em momento lógico posterior à declaração; mesmo assim, integra o conteúdo da sentença não sendo mero “efeito” externo agregado ao decisório.⁶⁹⁷

De outra parte, percebe-se que o mandamento não se esgota no plano do verbo, requerendo, como adiante se verá, a adoção de medidas destinadas a atuar sobre a vontade do destinatário, de molde a criem condições fáticas para a obediência do determinado em sentença.

5. Do ponto de vista funcional, em termos gerais, a tutela jurisdicional declaratória destina-se à eliminação das crises de certeza,⁶⁹⁸ mostrando-se adequada, nesse prisma, à proteção de quaisquer direitos, incluindo os de crédito (*a fortiori*, as obrigações de ressarcir prejuízo), consoante se extrai do parágrafo único do art. 4º do CPC.

A declaração negativa, por sua vez, tutela a integridade da própria esfera jurídica do vencedor, na medida em que elimina, do ponto de vista jurídico, a agressão à sua personalidade consistente na afirmação de relação jurídica ou direito inexistente. Não se pode perder de vista, ademais, o fato de que a declaração é suscetível de fornecer ainda alguma tutela ao vencido, assegurando-lhe que não será sacrificado acima dos limites impostos pelo ordenamento, como visto na seção anterior deste Capítulo.

6. Analisando o espectro de eficácias relativo ao capítulo principal da respectiva sentença de procedência, percebe-se que a tutela declaratória não se esgota no esclarecimento da situação trazida a juízo, mas também coloca o vencido na posição jurídica de submissão em relação ao que foi declarado,

⁶⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo II, cit., p. 46-47.

⁶⁹⁷ ARENHART, *A tutela inibitória da vida privada*, São Paulo : RT, 2000, p. 181.

⁶⁹⁸ No que se inclui a prevenção contra a dúvida (Teshiner, *Elementos*, cit., p. 147).

esperando-se que adote comportamento não conflitante.⁶⁹⁹ Justamente por isso, a mandamentalidade apresenta-se nas mais das vezes como eficácia secundária da sentença declaratória e, posto que não prevaleça, integra a sentença pertencente a esta classe, conseqüentemente, mostra-se de não pouca relevância para a sua efetivação.⁷⁰⁰

2.3. Mandamentalidade e constituição

1. Por meio da eficácia constitutiva, dá-se a criação, modificação ou extinção de relação jurídica e de seus efeitos (= direitos e deveres, pretensões e obrigações). Segundo se observa, a constituição situa-se além da simples confirmação daquilo que está (ou não está) no mundo jurídico, implicando seja ele modificado em algum ponto, por mínimo que seja.

Diferentemente da declaratória, implica essa eficácia a atuação do juiz, na própria sentença, com vistas à criação, imediata, do novo estado jurídico. Trata-se, conforme a imagem sugerida por Pontes de Miranda, de ato que se funde no pensamento.

A eficácia em questão implica, como se percebe, a satisfação apenas jurídica, não requerendo essencialmente alteração no plano dos fatos. Esgota-se, portanto, em si mesma, com o trânsito em julgado, exatamente como ocorre com a eficácia declaratória⁷⁰¹, podendo ser qualificada, como essa última, de auto-implementável, auto-suficiente, bastante em si e intransitiva.⁷⁰²

O efeito correspondente traduz-se na modificação, entendida como nova situação jurídica estabelecida pela sentença.

⁶⁹⁹ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 182.

⁷⁰⁰ Como se percebe, o que fica restrito ao plano do verbo não é a sentença declaratória como um todo, mas, principalmente, a eficácia preponderante (declaratória) dessa sentença. Cf. A respeito da eficácia de preceito das sentenças declaratórias, C. A. Alvaro de Oliveira, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 186.

⁷⁰¹ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Conteúdo da sentença e coisa julgada*, cit., p. 216. Sobre o ser *ex nunc* ou *ex tunc* a constituição, cf. o exame abrangente realizado por Hermes Zaneti Junior ("A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial", *in*: C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Eficácia e coisa julgada*, cit., p. 91-114, esp. p. 103-105), culminando com a conclusão favorável à primeira possibilidade, salvo situações especiais que exijam o efeito retroativo.

⁷⁰² CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, cit., p. 311.

Cumpra recordar, outrossim, que a eficácia *erga omnes* é natural da sentença constitutiva (assim como a criação de certeza jurídica, em relação à sentença declaratória) sem o selo da indiscutibilidade contra terceiros, característico da coisa julgada material.⁷⁰³

2. Poder-se-ia pensar que todas as sentenças não-declaratórias seriam constitutivas, por implicarem alguma espécie de modificação, o que de certa forma é verdadeiro.⁷⁰⁴ Todavia, para a classificação eficaz das sentenças e das formas de tutela jurisdicional, mostra-se necessário restringir o conceito de constituição apenas àquela modificação que basta a si própria, sem que se faça necessário o concurso de intervenções no plano fático a serem realizadas pelo magistrado em momento posterior do mesmo processo ou por meio do ajuizamento de nova demanda.

Ao contrário da sentença constitutiva, que se revela auto-suficiente para operar a transformação jurídica a que faz jus o autor vitorioso, a mandamental carece ainda de atuação posterior. Daí a idéia de que na decisão constitutiva haveria ato incluso no pensamento, ao passo que o ato, na mandamentalidade, a intervenção fática seria imediata. Nesse sentido, constituir é mais do que mandar, e mandar, menos do que constituir.

3. Do ponto de vista funcional, a tutela constitutiva, prestada pelas sentenças de mesma denominação, presta-se à realização dos direitos potestativos, normalmente aplicando-se a situações de processos necessários, em que a operação do efeito jurídico pretendido não ocorre sem a atuação do órgão judiciário.⁷⁰⁵

4. Inicialmente, observa-se que, à alteração da situação jurídica substancial estabelecida pela sentença, conforme o direito subjetivo reconhecido ao autor, corresponde o estado de sujeição do réu, de modo que, nessa situação

⁷⁰³ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, *Eficácias da sentença e coisa julgada*, cit., p. 117 e 119.

⁷⁰⁴ Nesse sentido, o pensamento de José Maria Rosa Tesheiner, no sentido de que a condenação, o mandamento e a execução não seriam senão modificações da situação jurídica preexistente ao processo: a sentença constitutiva criaria o título executivo, i. e., o poder de executar, ao passo que a sentença mandamental criaria novo dever jurídico (cf. *O problema da classificação das sentenças*, cit., p. 75 et seq.).

⁷⁰⁵ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Curso*, cit., § 6, n 4.

predominantemente passiva, ele nada pode fazer para se furtar dos efeitos jurídicos decorrentes da constituição.⁷⁰⁶

5. Quanto ao espectro eficaz da sentença constitutiva, observa-se que a mandamentalidade também desempenha papel relevante, mormente quando se faz necessário, em certa medida, adequar a realidade fática à situação nova criada, no plano jurídico, pelo comando sentencial (e. g.: a sentença que decreta o divórcio também determina, caso a caso a ex-cônjuge venha a optar pela reutilização do nome de solteira, a retificação do registro civil).⁷⁰⁷

2.4. Mandamentalidade e condenação

1. Como visto no Capítulo 1, a *condemnatio* romana encontrava-se ligada à realização dos direitos obrigacionais, traduzindo-se – ao menos no plano processual – invariavelmente no pagamento de uma quantia em dinheiro. Sabe-se também que esse modelo acabou por se generalizar no período pós-clássico, alcançando os deveres jurídicos *erga omnes* próprios dos *iura in re* (fenômeno designado como “pessoalização dos direitos reais”) de modo que o esquema da *actio* terminou por absorver não apenas a antiga *vindicatio*, mas também os interditos e outros instrumentos processuais, baseados no *imperium* do *praetor*, destinados à tutela de interesses individuais e da incolumidade pública.⁷⁰⁸ Acrescenta-se a esse quadro o princípio segundo o qual “*nemo ad factum praecise cogi potest*”, afirmado na Idade Média e universalizado por obra e graça dos valores liberais consagrados no *Code Civil*.

Apesar do domínio absoluto da condenação no campo da prática jurídica, não logrou a doutrina assentar alguma noção universalmente aceitável a respeito da natureza da condenação. Desde cedo, verificou-se a tendência de vê-la como comando judicial dirigido ao obrigado, impondo-lhe o cumprimento do dever reconhecido na sentença, sob pena de, não o fazendo, ficar sujeito à execução forçada pelo Estado (trata-se da “*Befehlstheorie*”, dominante na

⁷⁰⁶ Nesse sentido, C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 215.

⁷⁰⁷ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 215-216.

⁷⁰⁸ Sobre o assunto, cf. OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Processo e ideologia*, cit., p. 131-150; FÁBIO CARDOSO MACHADO, *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 49-77.

doutrina alemã).⁷⁰⁹ Alguns autores introduziram pequena variante, entendendo dirigir-se o comando judicial não ao particular, mas aos próprios órgãos estatais encarregados da execução, o que não altera essencialmente a questão.⁷¹⁰

Linha diversa, que se reporta, em última análise, às críticas de Wilhelm Kisch à “Befehlstheorie”, identifica na condenação a simples declaração do direito lesado e da sanção aplicável, visão que não difere substancialmente da idéia de aplicação de sanção empregada por Liebman.⁷¹¹

Não se mostra viável, dentro dos limites deste trabalho, examinar todas essas teorias. Basta constatar os contornos sempre imprecisos atribuídos à categoria, identificada ora com a imposição de uma prestação, ora com a declaração ou aplicação de sanção, sem que se fizesse o mínimo de esforço para especificar em que consistiriam essa prestação que seria imposta a sanção a ser declarada. Em verdade, ocultam-se debaixo de tais expressões realidades absolutamente díspares, como pagar determinada quantia em dinheiro, abster-se de agir (não-fazer), fazer, transferir a propriedade de determinado bem móvel ou imóvel.

Outra constante perceptível nas principais elaborações doutrinárias a respeito consiste na vinculação da sentença condenatória à execução forçada. Daí as afirmações de que essa forma de tutela limitar-se-ia a “preparar a execução” ou a “constituir o título executivo”, caindo-se na censura várias vezes lembrada de definir a essência da sentença condenatória pelo seu efeito norma. Demais disso, incorre-se na mesma imprecisão e generalidade antes pontada, pois cada tipo de prestação reclama uma forma específica de realização coativa, ponto que será aprofundado no item seguinte.

Em suma, a tônica reside sempre na incapacidade dessa classe de sentença de alcançar ao autor, por si só, o bem da vida que veio buscar em juízo (= dinheiro, abstenção, obra, transferência de bem), de modo que a intervenção da realidade dependerá sempre de atos complementares a serem praticados pelo Poder Judiciário.

Nesse quadro, realmente não surpreende que a doutrina processual majoritária não tenha reconhecido o *proprium* da tutela mandamental. De fato,

⁷⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental*, cit., p. 253.

⁷¹⁰ ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, São Paulo : RT, 2003, p. 94-95.

⁷¹¹ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Sentença mandamental*, cit., p. 47 *et seq.*

para o reconhecimento pleno dessa categoria, faz-se necessário criar um espaço conceitual entre a condenação e a execução, de modo que a mandamentalidade será inexistente, ou terá maior ou menor amplitude, dependendo da extensão que se dê a esses dois conceitos.⁷¹² Cumpre, portanto, fazer o caminho de volta, resgatando a função mandamental a partir do arquétipo fornecido pela tutela interdital prestada *extra ordinem* pelo magistrado romano.

2. Claro está, todavia, que o problema não se reduz à simples disputa terminológica. Como recorda Pontes de Miranda, “não é o nome que importa, o que importa é a coisa”.⁷¹³ Assim, e. g., poder-se-ia admitir as propostas de classificação das sentenças (ou tutelas) que põe no mesmo gênero as condenatórias e as mandamentais. De fato, ainda que negue, no plano teórico, a autonomia completa da mandamentalidade, o que mais importa é distinguir adequadamente condenação e mandamento.⁷¹⁴

Tendo presentes tais considerações, passa-se a delimitar a eficácia condenatória e especificar sua função desde o ponto de vista do direito material.

3. Do ponto de vista da eficácia da sentença (do seu conteúdo, portanto), a condenação se traduz em juízo de reprovação da conduta do réu, por causar dano a outrem. Diferentemente da declaração, que é simples juízo de existência, a condenação implica juízo de valor sobre a conduta do agressor. E isso em razão do *damnum*, sem o qual – recorda Pontes de Miranda – “não se pode *condemnare*”.⁷¹⁵

⁷¹² OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Sentença mandamental*, cit., p. 40; TESHEINER, *Sentença mandamental (2)*, cit.

⁷¹³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 46, n. 3, p. 283.

⁷¹⁴ E. g., FREITAS CÂMARA, *Lições*, cit., p. 453; DINAMARCO, *Instituições*, vol. III, cit., n. 919, p. 242-245.

⁷¹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo V, cit., § 1, n. 1, p. 4. Impossível esquecer, outrossim, a possibilidade de danos decorrentes de atos lícitos (como dito acima, p. 188 e nota 667). Ta situação, cada vez mais freqüente, encontra-se delineada, como recorda Judith Martins-Costa, “na responsabilidade por danos da Administração Pública, em virtude do princípio da igual repartição das cargas públicas, mas, por igual, no Direito Civil *ex vi* do art. 188, incisos I e II, combinado com arts. 929, 930 e ainda arts. 1.285, 1.286, 1.289, 1.291, 1.292, 1.293, 1.311, parágrafo único, 1.385, parágrafo 3º e ainda nas hipóteses de responsabilidade objetiva fundada no princípio da segurança social” (*Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro : Forense, vol. V, tomo II, 2004, p. 124, nota nº 100). O essencial para a definição da condenação não reside, portanto, no ilícito, mas no prejuízo à esfera jurídica de outrem.

Nessa linha, verifica-se que “a condenação (*cum, damnum*) é essa operação de fazer corresponder ao dano, que se fez ao bem, o dano, que se presta”.⁷¹⁶ A condenação estabelece o sacrifício do interesse do réu (interesse patrimonial, no campo da condenação civil) em prol do prejuízo (nem sempre patrimonial) experimentado pelo autor.

Basta, portanto, tenha havido agressão à esfera jurídica do autor, sendo nesse sentido que se deve tomar o termo “direito” na expressão de Pontes de Miranda (“a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem se dirige, tenham obrado contra direito, que tenham causado dano”⁷¹⁷), não na acepção de como direito objetivo.

Nessa linha, definir a constituição simplesmente como declaração do dano e constituição do título executivo deixa de fora o momento da reprovação da conduta. A “constituição” do título executivo é diferente da eficácia constitutiva, que basta a si mesma.⁷¹⁸ A criação do título, embora seja o resultado normal de uma sentença condenatória, nem sempre acontece, pelo que se mostra inadequado definir o efeito pela causa.⁷¹⁹

4. A condenação esgota-se no mundo jurídico, consistindo em um enunciado lógico, que não é em si mesmo bastante. De acordo com a imagem cunhada por Pontes, já referida, trata-se de pensamento sem ato, que será realizado, eventualmente, em momento posterior.⁷²⁰ A condenação, por conseguinte, ainda não modifica a linha discriminativa, limita-se a criar as condições jurídicas para que isso aconteça, por meio do procedimento executivo.⁷²¹

Assim, diferentemente da eficácia constitutiva, não é dotada de força suficiente para solucionar a crise de inadimplemento surgida no plano material.

⁷¹⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo V, cit., p. 91.

⁷¹⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., p. 121.

⁷¹⁸ Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 53.

⁷¹⁹ “A formação (constituição) do título executivo, embora seja o resultado *normal* de uma sentença condenatória, não lhe é absolutamente essencial, podendo, igualmente, haver condenação sem a constituição de um título executivo” (Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 60). No mesmo sentido, Pontes de Miranda, *Tratado das ações*, tomo V, cit., § 1, n. 1, p. 4 e 5).

⁷²⁰ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Sentença mandamental*, cit., p. 62-61; PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, cit., p. 9-10. Não mais por meio da constituição de nova relação processual, como no sistema anterior à Lei nº 11.232/2005, mas em outra fase do mesmo processo.

⁷²¹ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Sentença mandamental*, p. 65 *et seq.*

Como mostra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a forma de tutela em questão não se mostra capaz, por si só, de oferecer ao titular do direito “o resultado que ele veio a juízo buscar”, pois a condenação somente produzirá efeito prático (= no plano dos fatos) “se acatada pelo obrigado mediante adimplemento superveniente ou se efetivada mediante as atividades inerentes ao processo de execução”.⁷²²

5. Essa forma de tutela desempenha função essencialmente ressarcitória, mostrando-se adequada, em princípio, à realização das obrigações de pagar quantia em dinheiro.⁷²³

Prevalece, por conseguinte, o princípio da segurança sobre o da efetividade. E isso porque, quando se trata de invadir e agredir o patrimônio do devedor, o sistema jurídico brasileiro exige a certeza advinda da prévia cognição judicial.

Subsidiariamente mostra-se adequada à realização de obrigações de fazer ou não-fazer, quando, restando impossível ou inexitosa a tutela específica ou a adoção de providências visando ao resultado prático equivalente ao do adimplemento, forem convertidas em perdas e danos.⁷²⁴

6. De outra parte, pode-se observar o fato de que a condenação lança um olhar retrospectivo sobre a conduta do réu, reprovando-a e criando condições para a atuação de meios sub-rogatórios que possam minorar suas conseqüências. O mandamento implica olhar prospectivo, pois visa a determinar o comportamento do destinatário da norma para que faça ou se omita, conforme determinado pela norma jurídica substancial. Daí o recurso aos meios de coerção indireta – especificados no próprio decisório responsável pela decretação da ordem –, como forma de exercer pressão sobre a vontade do obrigado.

Procurando identificar o traço distintivo entre a condenação e a mandamentalidade, conclui Ovídio A. Baptista da Silva o seguinte:

“a transformação da realidade resultante do cumprimento do mandado judicial não só faz parte do *petitum* da ação,

⁷²² CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, cit., n. 112, p. 155.

⁷²³ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *O problema da eficácia da sentença*, cit., p. 47.

⁷²⁴ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Curso*, cit., § 6, n. 8.

senão que é o próprio *petitum* da demanda de conhecimento; ao passo que, pelo exercício da pretensão condenatória, o demandante pede que o juiz transforme a primitiva relação obrigacional em sujeição do demandado aos atos executórios, pelo Estado, prescindindo-se de sua vontade. Aqui, a transformação da realidade é conteúdo de outra demanda; ou, mesmo nos casos em que a execução seja mais intensa nas ações condenatórias e se faça nos próprios autos, com é o caso da execução nas ações de prestação de contas; mesmo assim, os dois atos, condenação e execução – podem ser perfeitamente separados e ter, cada um deles, existência independente, ao passo que não seria concebível uma ação de mandado de segurança a que faltasse o pedido de mandado; e, pior ainda, seria impensável que uma sentença de acolhimento na ação de mandado de segurança não contivesse ordem para expedição de mandado”⁷²⁵.

2.5. Mandamentalidade e execução

1. Delimitados os contornos da condenação, procede-se da mesma maneira em relação à executividade.

Com efeito, não é difícil encontrar concepções doutrinárias que definem “execução” como simples realização prática do direito e que possuem sua expressão máxima talvez na conhecida sentença de Carnelutti: “adequação daquilo que é àquilo que deve ser”⁷²⁶.

Trata-se do sentido amplo do termo, o qual, juntamente com as imprecisões normalmente atribuídas ao conceito de condenação (com o qual guarda estreita conexão), tem impedido o reconhecimento da eficácia mandamental, fato que também não deve causar surpresa.⁷²⁷ Com efeito, segundo recorda com integral acerto José Maria Rosa Tesheiner, “a extensão conceitual da sentença mandamental é inversamente proporcional à do

⁷²⁵ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Sentença mandamental*, cit, p. 82-83.

⁷²⁶ “La voce *esecuzione* significa *adeguamento di ciò che è a ciò che deve essere*” (Carnelutti, *Istituzioni*, vol. 1, cit., n. 36, p. 37). Nesse sentido, ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, n. 4, p. 89; *idem*, *Sobre a execução civil (réplica a Tesheiner)*, cit., p. 13; GARCIA MEDINA, *Execução cível I: teoria geral : princípios fundamentais*, São Paulo : RT, 2. ed., 2004, p. 39; TEORI ALBINO ZAVASCKI, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo : RT, vol. 8, 2. ed., 2003, n. 3, p. 37-38.

⁷²⁷ Daí a crítica, acertada, de Pontes de Miranda, ao considerar atécnico esse conceito amplo (*Tratado das ações*, tomo VII, cit., § 1, n. 1, p. 4).

conceito de execução. Se, no limite extremo, definimos como execução qualquer ato que implique cumprimento de sentença, não resta espaço para a sentença mandamental”.⁷²⁸

Tampouco se ganha com a usual distinção entre execução direta e execução indireta. Também aqui, colocam-se debaixo da categoria “execução” formas absolutamente heterogêneas de tutela jurisdicional. Melhor distingui-las como duas formas de exercício da *coerção* estatal.

2. Outra fonte de confusões reside na idéia de que a execução consiste na aplicação de “sanção”. Isso porque o termo não raro é identificado como qualquer reação do direito à inobservância ou violação das suas normas, no que se incluiria ainda a invalidade.⁷²⁹ É recomendável, todavia, evitar tamanha amplitude, reservando-se a expressão em questão apenas para a consequência desfavorável estatuída pela norma secundária, realizada faticamente contra a vontade da pessoa atingida e, em caso de resistência, mediante o emprego da força física.⁷³⁰

Em outros termos, apenas as medidas de coerção direta (privação da vida, da liberdade, do patrimônio) estatuídas em razão do ilícito ostentam caráter de sanção. Os deveres de reconstituição da situação fático-jurídica originária e de ressarcimento (seja *in natura* ou pelo equivalente pecuniário), por seu turno, não constituem propriamente sanções, mas deveres subsidiários previstos para o caso de ter sido violado o dever principal, como visto acima.

Outrossim, as medidas de coerção indireta (e. g., cominação de multa periódica ou de prisão civil) destinadas a exercer a função inibitória não são, de acordo com o ponto de vista ora adotado, propriamente sanções, mas simples ameaças de sanções futuras capazes de exercer a pressão psicológica sobre o destinatário da regra, a fim de que ele continue a adotar o comportamento prescrito pelo ordenamento.⁷³¹

⁷²⁸ TESHEINER, *Sentença mandamental* (2), cit.

⁷²⁹ Assim pensa Teori Albino Zavascki (*Comentários*, vol. 8, cit., n. 4, p. 39-40), invocando lição de Norberto Bobbio, a quem se deve, em última análise, o equívoco, já refutado anteriormente.

⁷³⁰ HANS KELSEN, *Teoria pura do direito*, cit., p. 37.

⁷³¹ Pensam diferentemente José de Oliveira Ascensão (*Introdução à ciência do direito*, cit., n. 28, p. 58) e Eduardo Talamini (*Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p.169), por adotarem perspectiva mais ampla a respeito do conceito de sanção.

Compreende-se a execução, portanto, do ponto de vista da teoria geral do direito, como a realização fática da sanção, por coerção estatal direta.⁷³²

3. Claro está, nessa linha, que a execução forçada (execução em sentido restrito) só pode consistir na transferência de valor do patrimônio do demandado ao patrimônio do demandante.⁷³³ Tal noção evidencia a equivalência de resultados verificada entre o cumprimento voluntário e a tutela executiva.⁷³⁴ Deve-se afastar, contudo, toda conotação privatística: executar constitui função própria do poder judiciário, inconfundível em sua eficácia com o adimplemento voluntário, a justiça de mão-própria e com o exercício do poder executivo (de modo que não se identificaria com a desapropriação).⁷³⁵

Diferentemente, a mandamentalidade opera sobre a vontade do titular do dever jurídico (portanto, sobre a pessoa), não sobre o patrimônio. Trata-se de eficácia que não se aperfeiçoa sem a colaboração voluntária (não necessariamente espontânea) do destinatário constituindo campo propício às medidas de coerção indireta.⁷³⁶

4. A atividade executiva, em qualquer de suas modalidades (execução *lato sensu*; execução “*stricto sensu*”) não podem ser confundidas com a tutela mandamental.

Primeiramente, tem-se a execução que é complementação da sentença condenatória e de títulos judiciais a ela equiparados (v. g., sentença penal condenatória transitada em julgado; o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente – CPC, art. 475-N, II e V), bem como e dos títulos executivos extrajudiciais (CPC, art. 585).

⁷³² DINAMARCO, *Execução civil*, São Paulo : Malheiros, 8. ed., 2002, n. 57, p. 114; LIEBMAN, *Processo de execução*, cit., n. 2, p. 4-5.

⁷³³ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, § 5, n. 1, p. 23.

⁷³⁴ DINAMARCO, *Execução civil*, cit., n. 59, p. 116.

⁷³⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VII, cit., § 5, n. 1, p. 23-24. A própria referência à substituição deve ser tomada em sentido analógico. Assim, além de inexistir verdadeira substituição do agir privado pelo agir estatal (com o qual este não se confunde, em sua eficácia, como dito no texto), trata-se da característica incapaz de explicar a função jurisdicional em sua totalidade, como mostrou Galeno Lacerda (*Comentários*, vol. VIII, tomo I, cit., n. 6, p. 17).

⁷³⁶ Daí a tese sustentada por Dinamarco (*Execução civil*, cit., n. 54, p. 106; n. 55, p. 108-110), com base no pensamento de Enrico Tullio Liebman (*Processo de execução*, cit., n. 2-3, p. 4-6; n. 97, p. 234), no sentido de que a atuação das medidas de coerção indireta, destinadas a exercer pressão psicológica sobre o obrigado a fim de que cumpra voluntariamente a prestação devida, não constituem execução senão em sentido impróprio (execução indireta).

A eficácia condenatória alcança o mundo dos fatos por si mesma, se houver adimplemento voluntário, ou por meio de eficácia executiva. Essa incompletude genética da condenação tem levado alguns juristas a pensarem em uma tutela composta, condenatório-executiva.⁷³⁷

Não é difícil verificar que a forma de tutela em questão, na modalidade específica ora analisada (execução “*stricto sensu*”) presta-se à realização prática de direitos a uma prestação pecuniária, originários do campo obrigacional (ex.: reparação de danos morais) ou real (ex.: ação negatória). Mostra-se apta, por conseguinte, à instrumentalização da função ressarcitória da tutela jurisdicional.

A doutrina de inspiração pontiana refere-se ainda à execução *lato sensu*, ligada a direito real, de que seriam exemplos supremos a ação de reintegração de posse em caso de esbulho e a ação de despejo.⁷³⁸

⁷³⁷ Nesse sentido, Cândido Dinamarco (*Tutela jurisdicional*, cit., p. 827, nota nº 67). De forma semelhante, Ovídio A. Baptista da Silva (*Curso*, vol. 1, cit., p. 157-162), ao ressaltar, dentro de seu esquema conceitual (sem recorrer, portanto, à noção de tutela), a inexistência de ação material condenatória: “A conclusão, portanto, é a seguinte: temos sentenças condenatórias, mas não temos uma correspondente ação condenatória. Quem exerce o que se diz ‘ação condenatória’ na verdade limita-se a exercer ‘pretensão condenatória’. A verdadeira ação, neste caso, é executiva ou, se quisermos, ‘condenatório-executiva’. A sentença condenatória deve funcionar como sentença incidental, contendo julgamento parcial de mérito, devendo a relação processual prosseguir executivamente” (*op. cit.*, p. 160). Do ângulo da execução, emprega Cássio Scarpinella Bueno o neologismo “executar”, pretendendo referir-se à execução não ligada à condenação (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, cit., p. 264 e 311).

⁷³⁸ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 240; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Eficácias da sentença e coisa julgada*, cit., p. 101. O fato de fundamentar-se a distinção entre a execução de sentença (execução ‘*stricto sensu*’) e a sentença executiva (sentença executiva *lato sensu*) na natureza do direito subjetivo material tutelado (direito de crédito e direito real) e do dever jurídico correspondente (dever de pagar quantia e dever de dar ou restituir) não invalida essa última categoria, ao contrário do defendido por J. C. Barbosa Moreira (*Sentença executiva?*, cit., p. 158). Com efeito, segundo assinalam (ainda que por razões distintas) tanto Ovídio A. Baptista da Silva (*Jurisdição, direito material e processo*, cit., p. 245) quanto Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Tutela jurisdicional*, cit., p. 239-240), não é ilegítimo levar-se em conta, para a delimitação da categoria (de resto, de todas as formas de tutela jurisdicional) o direito material. A distinção também se justifica do ponto de vista das garantias constitucionais, notadamente da segurança jurídica e do contraditório (as quais, embora fazendo parte do direito positivo, justamente por representarem – ao menos – o consenso social em torno do Estado de Direito, alcançado após séculos de evolução do direito, não estão completamente à disposição do legislador). Nesse sentido, a necessidade de procedimento complementar à sentença condenatória (como de resto o próprio *tempus iudicati*, agora especificado no art. 475-J, ‘caput’, do CPC) atende ao fato de que a execução da sentença condenatória implica a expropriação de bens encontrados legitimamente no patrimônio do devedor. Já os atos materiais destinados a dar cumprimento à sentença executiva *lato sensu* incidem sobre bens possuídos de forma contrária ao direito (Ovídio A. Baptista da Silva, *Sentença mandamental*, cit., p. 70-73; Daniel Mitidiero, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo : Memória Jurídica, 2004, tomo I, p. 105) e, por conseguinte, não apenas independem de novo pedido como também dispensam as garantias

6. Particularmente, a tutela executiva *lato sensu* obviamente não se confunde com a mandamental. Embora as duas formas de tutela se assemelhem, no quanto exigem, para efetivar-se no plano dos fatos, atividade judicial posterior e imediata à sentença, dispensando o requerimento da parte. Apesar disso, a primeira se completa com o exercício de coerção estatal direta, ao passo que a segunda não se realiza sem a colaboração do titular do dever jurídico.

Tampouco se identifica na decisão proferida com base no art. 461-A do CPC o caráter predominantemente condenatório ou mandamental. Embora semelhante, na redação, ao art. 461, trata-se de simples técnica destinada a oportunizar a satisfação voluntária do dever de entregar coisa, por coerção indireta, no contexto da forma de tutela executiva (*lato sensu*). Obviamente, não sendo alcançado o cumprimento voluntário, passa-se ao exercício da coerção direta.⁷³⁹

Como se percebe, no caso do art. 461-A, assim como ocorre no caso da verdadeira e própria condenação, o dever jurídico correspondente ao direito tutelado (transferência de valor; pagamento) é suscetível de ser realizado sem a colaboração do obrigado, não desnaturando o caráter condenatório ou executivo (*lato sensu*) da tutela prestada o emprego eventual de técnica dirigidas a incentivar (i. e., a oportunizar ainda um última vez) o adimplemento voluntário. Bem se vê, portanto, que o “preceito” referido pelo 'caput' do art. 461-A constitui simples etapa do procedimento executivo, cujo iter normal conduz à execução forçada (execução *lato sensu*).

7. Evidente que a tutela executiva, em nenhuma de suas modalidades, se realiza sem a expedição de mandados dirigidos principalmente aos auxiliares do juízo (e. g., oficial de justiça, para efetivação da penhora e da intimação do devedor, no caso do cumprimento de sentença condenatória). Novamente, trata-se de eficácia secundária da decisão, destinada apenas a servir e preparar a coerção patrimonial, não constituindo manifestação da tutela mandamental.

previstas para a execução obrigacional. Como se vê, a questão não é simplesmente acidental, como pretende o jurista primeiro mencionado (*Sentença executiva?*, cit., p. 159).

⁷³⁹ Como recorda Sérgio Cruz Arenhart (*A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 182), “no caso da sentença executiva *lato sensu*, o descumprimento do preceito acarreta tão-somente a execução forçada”.

2.6. Características da tutela jurisdicional mandamental

1. Como visto no Capítulo 1, o direito romano clássico não apenas reconheceu ao magistrado encarregado da distribuição da justiça o poder de mandar, i. e., de dirigir ordens a serem cumpridas imediatamente pelos cidadãos, como também desenvolveu os instrumentos processuais adequados ao exercício desse poder (v. g., os interditos). De outra parte, demonstrou-se, naquela oportunidade, de que maneira a praxe do *ius commune* medieval implementou, ao lado do sumário executivo (*processus executivus*), com inspiração nos *interdicta* romanos, remédios jurídicos processuais próprios para a tutela de interesses privados, como obrigações de fazer e não-fazer. Viu-se, também como ambas as realidades foram recebidas no direito luso-brasileiro e adaptadas à tutela de direitos especialmente ligados à pessoa (liberdade, posse, obrigações de fazer e não-fazer), destacando-se, nesse sentido, a ação de embargos à primeira, os preceitos cominatórios e as *inhibitiones* adaptadas do direito comum. A influência do direito anglo-americanas, longe de desviar o rumo da história, dotou o direito pátrio de instrumentos capazes de outorgar proteção ainda mais efetiva à esfera jurídica do cidadão em face da administração pública. Nessa linha, percebeu-se que o *habeas corpus* e o mandado de segurança floresceram justamente por encontrarem, na tradição luso-brasileira, terreno fértil e propício à sua evolução. Constatou-se, ainda, que, apesar dos percalços verificados na legislação processual do séc. XX, não foi possível eliminar de todo o poder de ordenar conferido ao juiz pela estrutura constitucional brasileira, de modo que restaram alguns poucos remédios interditais, destinados, sobretudo, à tutela cautelar e à proteção possessória. Por sua vez, os preceitos cominatórios do *ius commune*, após pequeno interregno, ressurgiram para ocupar espaço de destaque na prática judiciária da virada do século.

Diante de tudo isso, não surpreende tenha Pontes de Miranda percebido o *specificum* da mandamentalidade, conferindo-lhe espaço de destaque dentro de seu sistema conceitual. Na verdade, longe de simplesmente transplantar de

forma acrítica a categoria cunhada por Georg Kuttner (como se constata das adaptações e modificações destacadas por Barbosa Moreira), o grande jurista brasileiro, ao que tudo indica, empregou-a como ponto de partida para construção de uma nova teoria profundamente alicerçada na realidade nacional, no que se inclui não apenas os institutos jurídicos do passado romano e luso-brasileiro, como também aqueles vigentes na época. Tampouco deve surpreender o fato de esse pensamento ser capaz de explicar ainda as disposições legislativas implementadas posteriormente à morte do autor do *Tratado das ações*.

Em suma, é lícito observar que a teoria da mandamentalidade foi desenvolvida por Pontes de Miranda em função do direito brasileiro e para o direito brasileiro, constituindo, sem sombra de dúvida, um dos pontos altos de seu pensamento.

2. Nesse contexto, revela-se absurda a assertiva de que não haveria “utilidade prática” no conceito de sentença mandamental⁷⁴⁰, sendo cabalmente desmentida não apenas pela história do direito e pelos fundamentos teóricos do processo, mas principalmente pela prática cotidiana, a qual revela a imensa relevância prática dessa forma de tutela.

Tampouco se pode admitir a rejeição da categoria por simples preconceito, postura recorrente tanto na doutrina pátria quanto na alienígena.⁷⁴¹ Cumpre submeter a categoria à crítica saudável e ao rigor científico, não rejeitá-la simplesmente por não ter logrado maior difusão entre a processualística européia.

Evidentemente, não se trata de uma disputa de nomes (ao menos tal não é o enfoque desta Tese). Como lembra o adágio latino, *de gustibus (e de nominibus) non est disputandum*. Nesse sentido, o ponto mais relevante não parece residir na denominação que se queira atribuir à categoria. O próprio termo “mandamental” foi criado por Pontes de Miranda com vista a expressar em língua portuguesa a palavra alemã (“Anordnung”) empregada por Gerog

⁷⁴⁰ ARRUDA ALVIM, *Manual*, cit., p. 634.

⁷⁴¹ Essa a postura adotada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (cf. *supra*, nota nº 489), José Frederico Marques (*Instituições*, cit., n. 285, p. 58) e Celso Agrícola Barbi (*Comentários*, cit., n. 40, p. 41).

Kuttner, não excluindo outras possibilidades.⁷⁴² Nessa linha, o problema não está nas denominações propostas pelos setores doutrinários (sentença “condenatória mandamental”⁷⁴³; “ação executiva *lato sensu* por coerção indireta”⁷⁴⁴), mas na negação mesma da autonomia inerente à mandamentalidade e na confusão desta última com a condenação ou com a execução.

3. Em síntese, a partir do que foi dito nos itens anteriores, lícito concluir que a declaração se resume a simples juízo de existência, não havendo ato a ser praticado pelo juiz. A constituição, por seu turno, já implica alguma alteração no plano jurídico (criação, modificação ou extinção), sem que haja, contudo, sem repercussão imediata no mundo dos fatos.

A condenação, por sua vez, distingue-se das eficácias anteriores por consistir em juízo de valor sobre a conduta do demandado, traduzindo-se concretamente na reprovação de sua conduta em razão do prejuízo efetivado à esfera jurídica alheia e na imposição (“dano”) e imposição de um sofrimento equivalente (“con-dano”), recaindo esse último sobretudo no patrimônio. A condenação atua apenas no plano jurídico, carecendo, por isso mesmo, de operações ulteriores capazes de alterar a situação fática, realidade que tem levado alguns juristas a pensar na tutela condenatório-executiva.⁷⁴⁵

A eficácia executiva, outrossim, resume-a a operar sobre o patrimônio do réu por meio do emprego da coerção direta, realizando seja o direito pessoal, seja o direito real.

⁷⁴² Ver acima, na nota nº 18.

⁷⁴³ CÂNDIDO DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, cit., n. 919, p. 242; FREITAS CÂMARA, *Lições*, cit., p. 450.

⁷⁴⁴ DIDIER JR., *Curso*, cit., p. 183.

⁷⁴⁵ Nesse sentido, Cândido Dinamarco (*Tutela jurisdicional*, cit., p. 827, nota nº 67). De forma semelhante, Ovídio A. Baptista da Silva (*Curso*, vol. 1, cit., p. 157-162), ao ressaltar, dentro de seu esquema conceitual (sem recorrer, portanto, à noção de tutela), a inexistência de ação material condenatória: “A conclusão, portanto, é a seguinte: temos sentenças condenatórias, mas não temos uma correspondente ação condenatória. Quem exerce o que se diz ‘ação condenatória’ na verdade limita-se a exercer ‘pretensão condenatória’. A verdadeira ação, neste caso, é executiva ou, se quisermos, ‘condenatório-executiva’. A sentença condenatória deve funcionar como sentença incidental, contendo julgamento parcial de mérito, devendo a relação processual prosseguir executivamente” (*op. cit.*, p. 160). Do ângulo da execução, emprega Cássio Scarpinella Bueno o neologismo “executar”, pretendendo referir-se à execução não ligada à condenação (*Curso sistematizado de direito processual civil*, vol. 1, cit., p. 264 e 311).

A essência da eficácia mandamentalidade, em contra partida, reside na emissão de uma ordem a ser cumprida unicamente por seu destinatário. Visa, portanto, não a provocar a transferência de bens entre patrimônios diversos, mas a obter, de forma imediata, alteração da situação fática mediante a ação ou inação do destinatário (fazer ou não-fazer), sem, contudo, operar por si mesma essa transformação. Daí o sentido etimológico de “pôr nas mãos” (*manum dare*), evidenciado no Capítulo 1.

A eficácia mandamental opera, por conseguinte, sobre a vontade, com vistas a obter a ação ou omissão devida (o que justifica o emprego dos meios de coerção analisados na próxima Seção). De fato, como destacado na primeira Seção do Capítulo inicial, o elemento responsável por mover a pessoa à ação consiste na vontade; os meios de coerção destinam-se fundamentalmente a exercer pressão sobre ela, com vista à realização da conduta comissiva ou omissiva devida. O ato, nesse caso (como ressaltado por Pontes de Miranda), é imediato ao pensamento, não incluso (constituição) nem mediato (condenação).

4. Verifica-se, nessa linha, que a essência da tutela mandamental reside na ordem, como eficácia preponderante da sentença de procedência da demanda. Nesse contexto, a existência de meios de coerção da vontade, embora importantes para a efetivação dessa forma de tutela, especialmente no contexto do cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer originadas do direito privado, mostra-se acidental, não sendo absolutamente relevantes para a definição dessa forma de tutela. Nesse sentido, a tautologia eloqüente de Pontes de Miranda: “a ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juiz manda.”⁷⁴⁶

Resta evidente, portanto, que a mera ordem, mesmo sem meio específico de coerção, não se converte em simples “declaração”, o que implicaria negar a eficácia predominantemente mandamental da sentença que concede o mandado de segurança.⁷⁴⁷

⁷⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VI, cit., § 1, n. 1, p. 3.

⁷⁴⁷ Ao contrário, portanto, do pretendido por autores como Marinoni (*Tutela inibitória*, cit., p. 395) e Spadoni (*Ação inibitória*, cit., p. 109-110).

5. De outra parte, o fato de, em determinadas sentenças, a mandamentalidade constituir eficácia imediata, mediata ou mínima não se mostra suficiente para classificar o ato judicial como mandamental.⁷⁴⁸ A sentença haverá de pertencer a outra classe, se bem que a ordem possa se mostrar relevante para auxiliar na realização prática da eficácia principal, como ocorre em certos casos de declaração (preceito), constituição (determinação dirigida aos órgãos de registro civil, no caso de mudança do nome) e execução (mandado de penhora).

6. Cumpre, em seguida, submeter a exame crítico as várias propostas apresentadas pela doutrina para identificação da essência da mandamentalidade.

7. Assim, em primeiro lugar, não se pode admitir as tentativas de alicerçar a forma de tutela em questão na simples existência de atividade judicial posterior à prolação da sentença, idéia válida apenas em referência ao sistema original do CPC.⁷⁴⁹ Cumpre ressaltar mais uma vez que o Estatuto processual editado em 1973 não reconhecia a mandamentalidade, tratando qualquer sentença que impõe ao réu determinada prestação como sendo condenatória (incluindo a proferida nas ações reivindicatória e de despejo), assim como reduzindo o cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer a simples modalidade do processo de execução. Trata-se, nitidamente, de opções de enquadramento técnico da matéria que traduzem subserviência exagerada a princípios oriundos do direito italiano e compromisso inexplicável (em vista da longa tradição jurídica luso-brasileira que remonta mesmo ao direito romano) com a ideologia expressa no adágio “*nemo ad factum praecise cogi potest*”. Na sistemática inaugurada pela Lei nº 11.232/2005, mostra-se impossível caracterizar a mandamentalidade dessa maneira.⁷⁵⁰

8. Parece inexato, de outra parte, vincular a sentença de mandamento diretamente aos interditos romanos ou ao *imperium* de que munido o *praetor* do

⁷⁴⁸ Com razão Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, ao ponderarem que simples existência de ordem dirigida ao oficial do registro civil não torna mandamental a sentença predominantemente constitutiva (*Curso*, cit., p. 426).

⁷⁴⁹ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. 2, cit., p. 336.

⁷⁵⁰ Corretos, nesse particular, Fredie Didier Jr. (*Curso*, cit., p. 182) e José Roberto dos Santos Bedaque (*Efetividade*, cit., p. 516-517).

período clássico.⁷⁵¹ Tal postura implicaria desconsiderar a evolução multissecular não apenas do direito privado, mas também do direito público luso-brasileiro.

9. Falham, no mesmo sentido, as tentativas de deduzir a tutela mandamental, de forma imediata, do *contempt of court* anglo-americano⁷⁵². Manifestação do chamado *contempt power* – verdadeiro “Proteu do mundo jurídico”⁷⁵³ – o instituto em questão pode ser definido como ato de desobediência em relação a um corpo judicial ou legislativo, ou interferência na ordem de seu procedimento, em razão do que é normalmente aplicada uma penalidade sumária, sendo empregada, nessa qualidade, para coagir o faltoso a cooperar, e para punir críticas ou interferências, mesmo as causadas de forma indireta.⁷⁵⁴ Na ótica dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, sem o poder de punir em razão do *contempt*, os tribunais tornar-se-iam meras comissões de arbitragem cujos julgamentos não passariam de simples exortações. Nessa situação, o direito e a justiça tornar-se-iam emasculados e sem sentido, degredados à condição de meros conceitos e de abstrações sem vida.⁷⁵⁵

Esse poder é inerente ao Judiciário anglo-americano, sem paralelo, quanto à natureza e proporções, em qualquer sistema jurídico romano-germânico.⁷⁵⁶ Conforme interessante análise de Alessandro Pekelis, a verdade é que o *Common Law* de um modo geral sofre influência de elementos de caráter religioso e moralístico (fenômeno bem estudado na conhecida obra de Max Weber), o que explica o sabor penalístico do instituto em questão. Em

⁷⁵¹ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso*, vol. 2, cit., p. 336-337; DARCI GUIMARÃES RIBEIRO, *A garantia constitucional do postulado da efetividade*, cit., p. 83.

⁷⁵² Fabrizio Camerini, *Teoria geral da tutela mandamental*, cit., p. 69-71; p. 78 *et seq.*

⁷⁵³ MOSKOVITZ, *Contempt of injunctions, civil and criminal*, Colum. L. Rev., 43(1943):780, *apud* RONALD L. GOLDFARB, *The varieties of the contempt power*, Syracuse Law Review, 13(1961-1962):44-80, esp. p. 44.

⁷⁵⁴ RONALD L. GOLDFARB, *The history of the contempt of court*, Washington University Law Quarterly, 1961/1(feb.-1961):1-29, esp. p. 1.

⁷⁵⁵ NATHAN M. COHEN, *The contempt power – the lifeblood of the judiciary*, Loyola University Law Journal, 2(1971):69-108, esp. p. 107-108. Prática já ilustrada por William Shakespeare nas peças *Henry IV* e *The lives of the Chief Justices in England*, a respeito do Chief Justice Gascoigne.

⁷⁵⁶ GOLDFARB, *The history of the contempt of court*, cit., p. 2: “Neither Latin American nor European civil law systems use any device of these nature or proportions of our contempt power. While critics of these systems may make preferential comparisons, so long as these countries keep someplace within anarchy on the one hand and totalitarianism on the other, there is no room to question whether indeed this power is as necessary and essential as our decision-makers suggest.”

contrapartida, segundo o jurista italiano, a filosofia inspiradora do direito da família romano-germânica orienta-se pelo princípio de que a legislação somente pode atuar sobre a esfera externa do indivíduo, estando as questões ligadas à consciência reservadas ao plano da moral. Restaria vedado ao tribunal, nesse jaez, intrometer-se na esfera interna do indivíduo, o que explicaria a relativa a pouca receptividade ao *contempt power* no direito europeu continental.⁷⁵⁷

Demais disso, observa-se que tais penalidades podem ser aplicadas não apenas às partes, mas também à testemunha que se recusa a comparecer ou a responder perguntas do *Grand Jury* depois ter garantida a imunidade,⁷⁵⁸ assim como para manter a ordem na sala de audiências (*courtroom*).⁷⁵⁹

Nada impede, portanto, a comparação entre as medidas adotadas pelo direito brasileiro para coagir ao cumprimento da ordem expressa na decisão judicial. Todavia, tanto pelo fundamento histórico-jurídico, quanto pela extensão, não parece acertado pretender seja o poder de mandar ou de impor multas coercitivas, no sistema jurídico pátrio, uma manifestação do *contempt power* tal como entendido no sistema jurídico anglo-saxão.

10. Em terceiro lugar, devem ser rechaçadas propostas classificatórias que pretendem residir na previsão, feita pela sentença de procedência, de meio de coerção indireta enquanto forma de efetivação da ordem.⁷⁶⁰ Com efeito, na perspectiva adotada nesta Tese, a medida coercitiva destina-se a instrumentalizar a efetivação da ordem no plano fático, não contendo, em si mesma, a virtualidade de mandar. Trata-se, novamente, de elemento exterior e acidental, não podendo ser erigido à categoria de traço distintivo da mandamentalidade em relação às demais formas de tutela jurisdicional. De resto, nem toda sentença dotada de meio coercitivo pode ser classificada como mandamental.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ ALESSANDRO PEKELIS, *Legal techniques and political ideologies: a comparative study*, Michigan Law Review, 41(1942-1943):665-692, esp. p. 676-677.

⁷⁵⁸ COHEN, *The contempt power*, cit., p. 85-86.

⁷⁵⁹ COHEN, *The contempt power*, cit., p. 97.

⁷⁶⁰ MARINONI, *Tutela inibitória*, cit., p. 395 (o itálico consta do original); SPADONI, *Ação inibitória* cit., p. 109-110; sob outro enfoque, mas insistindo substancialmente na mesma idéia, BOTELHO DE MESQUITA, *A sentença mandamental*, cit., n. 14, p. 41.

⁷⁶¹ DANIEL MITIDIERO, *Comentários*, cit., p. 105. Como aponta Cláudia Lima Marques, trata-se “de medida acessória ao mandamento judicial relativo ao cumprimento específico” e,

Já a configuração do crime de desobediência – fator às vezes alçado à condição de elemento específico da sentença mandamental⁷⁶² – é decorrência do desacato à ordem, nos limites estreitos da legislação penal, conforme se verá em tópico apropriado na última Seção deste Capítulo. Inviável fundar a mandamentalidade da sentença em consequência eventual da sentença (tanto quanto fundamentar a condenatoriedade da sentença condenatória no efeito executivo, que nem sempre a acompanhará, como visto).

Como se vê, o elemento caracterizador da sentença mandamental deve ser buscado no próprio comando judicial, restando falas as tentativas de fundamentá-lo em elementos exteriores e suscetíveis de mil arranjos diferentes conforme a vontade caprichosa do legislador.⁷⁶³

11. Como observa de forma percuciente Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a forma de tutela em questão orienta-se no sentido da predominância do valor efetividade sobre o segurança.⁷⁶⁴ Especial relevo é conferido, ademais, ao princípio da adequação, possibilitando ao magistrado adaptar determinados aspectos do procedimento às peculiaridades da causa (e. g., o valor e a periodicidade da astreinte, conforme facultado pelo art. 461 do CPC).⁷⁶⁵

12. Quanto ao destinatário do mandamento, cumpre considerar dois aspectos. Primeiramente, se deve, necessariamente, ser autoridade pública; sem segundo lugar, se deve ou não ser estranho ao feito (i. e., se o destinatário da ordem deve figurar na condição de terceiro de parte).

A primeira afirmação, que se deve a Georg Kuttner, não se amolda ao direito brasileiro, tendo sido rejeitado até mesmo por Pontes de Miranda.⁷⁶⁶ Pontes desprezou, ademais, a estraneidade dele ao feito.⁷⁶⁷ Não há dúvida, assim, de que a ordem pode dirigir-se ao demandado, como ocorre com as

nesse sentido, “tem sua função vinculada à efetividade do comando judicial” (CLÁUDIA LIMA MARQUES; ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN; BRUNO MIRAGEM, *Comentários ao Código de defesa do consumidor*, São Paulo : RT, 2. ed., 2006, p. 1023).

⁷⁶² MALACHINI, *As ações*, cit., n. 5.2, p. 33.

⁷⁶³ BARBOSA MOREIRA, *Sentença executiva?*, cit., p. 152.

⁷⁶⁴ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 180.

⁷⁶⁵ Cf. FREDIE DIDIER JR., *Sobre dois importantes, e esquecidos princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*, *Genesis*, 21(jul.-set./2001):530-541, esp. p. 535-536.

⁷⁶⁶ Como ressalta J. C. Barbosa Moreira, “o jurista brasileiro, ao contrário do que sucedeu na Alemanha, não se ateuve, na caracterização da sentença mandamental, à natureza do destinatário da ordem” (*A sentença mandamental*, cit., p. 255).

⁷⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental*, cit., p. 254.

decisões proferidas com base no art. 461 do CPC, na ação de manutenção de posse e no interdito proibitório.

Nada impede, todavia, que o mandamento – enquanto eficácia principal da sentença – dirija-se também a terceiro, como ocorreria em caso de revelia do réu, ou mesmo a auxiliares do juízo (oficial de justiça, no caso da ação cautelar de arresto) ou a algum órgão da Administração Pública competente para 'executar' (*rectius*, cumprir) o ato (v. g., interditar estabelecimento comercial).⁷⁶⁸ “Não fica excluída”, como recorda Babosa Moreira, “a hipótese de determinação a terceiro, pessoa física ou jurídica de direito privado (por exemplo: empresa jornalística, de radiodifusão ou de televisão, à qual se ordene suspender a publicação ou a transmissão de anúncio encomendado pelo réu”.⁷⁶⁹

Não se deve confundir, todavia, os casos como o do arresto, em que o mandado dirigido ao terceiro constitui eficácia principal (força) da sentença, com os eventuais mandados (e. g., penhora e avaliação – CPC, art. 475-J), qualificados como eficácia secundária do decisório (i. e., imediata, mediata ou mínima, conforme o caso), os quais, obviamente, não dizem respeito à tutela mandamental, inserindo-se em outras formas de tutela, como a executiva por créditos.⁷⁷⁰

13. De outra parte, ao fato de a sentença condenatória ter sido erigida à condição de paradigma, universalizando a exortação ao pagamento de quantia como modelo de tutela jurisdicional não se mostra suficiente para excluir do âmbito da mandamentalidade os deveres de fazer e não-fazer obrigacionais. Assim, tanto do ponto de vista da História do Direito (i. e., identificação dos preceitos cominatórios com os interditos romanos) quanto da teoria geral do direito, deve-se entender a “obrigação” referida pelo art. 461 como sinônimo de dever jurídico, incluindo os de caráter absoluto oriundos dos direitos da personalidade, do Direito de Família e do Direito das Coisas.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ Os dois últimos exemplos são de Babosa Moreira (*A sentença mandamental*, cit., p. 263).

⁷⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, *A sentença mandamental*, cit., p. 263.

⁷⁷⁰ Insustentável, portanto, a confusão levada a cabo por James Goldschmidt (cf. acima, nota nº 329).

⁷⁷¹ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 127-128; GARCIA MEDINA, *Execução civil*, cit., p. 470-473; ARENHART, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, São Paulo : RT, 2003, p. 222. Na verdade, como recorda o primeiro autor, “em outras épocas, o

14. O fato de a classificação das sentenças adotada neste trabalho estar fundamentada na delimitação da respectiva eficácia preponderante não impede de tomar em conta também a matéria sobre a qual incidirá a tutela jurisdicional. Na verdade, como visto anteriormente, as eficácias da sentença são especificadas e delimitadas pelo respectivo objeto (i. e., as crises jurídico-substanciais a serem solucionadas pela jurisdição, bem como as situações jurídicas substanciais – direitos e interesses assemelhados – sobre as quais operam).

Portanto, se o objetivo da ordem não for influenciar a conduta do réu a fim de que realize o ato ou a omissão que somente a ele compete, a sentença não será mandamental. Com efeito, trata-se de forma de tutela útil aos direitos cuja realização prática requeria prestação de fato, não pecuniária⁷⁷² ou que importe agressão ao patrimônio.

Assim, de acordo com os critérios adotados neste trabalho, não se deve reconhecer natureza mandamental à decisão prevista no art. 461-A do CPC, por dizer respeito à entrega de coisa, em que pese a aplicabilidade da medida coercitiva consagrada nos §§ 4º-6º do art. 461 (*astreintes*).⁷⁷³

De acentuar que, nesse caso, o bem da vida almejado pelo autor (entrega ou restituição do bem) pode ser alcançado, em última análise, sem a colaboração do devedor, mediante emprego das medidas de coerção direta características da execução forçada. Assim, o descumprimento do preceito autoriza a expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse (CPC, art. 461-A, § 2º).

Já a sentença relativa à obrigação alimentar deveria, *prima facie*, ser incluída na classe das condenatórias, por dirigir-se à tutela de crédito pecuniário que, em si mesmo “nada apresenta de peculiar”.⁷⁷⁴ Todavia, a

alargamento do conceito de ‘obrigação’ contribuiu para universalizar a tutela de mera condenação pecuniária através das *actiones* – em detrimento da via dos interditos. Agora, em nosso sistema, é essa mesma acepção amplíssima que tem de ser invocada, a fim de possibilitar que os deveres não obrigacionais sejam atingidos pela tutela ex art. 461, que, por suas características, remonta aos interditos” (Talamini, *op. cit.*, p. 129).

⁷⁷² C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 176; FABRIZIO CAMERINI, *Teoria geral da tutela mandamental*, cit., p. 85.

⁷⁷³ Daniel Mitidiero, na esteira de Ovídio A. Baptista da Silva, identifica no ‘caput’ desse dispositivo a previsão do exercício judicializado da pretensão (material) executiva (*Elementos*, cit., p. 127).

⁷⁷⁴ ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, cit., n. 406, p. 921.

função especialíssima dos alimentos levou o legislador a autorizar o emprego de técnica própria da tutela mandamental.

Assim, tornadas infrutíferas as medidas de desconto em folha e de expropriação de aluguéis, rendas e quaisquer outros bens (arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 5.478/1968 e arts. 732 e 735 do CPC) – casos em que não se cuidará de tutela mandamental –, prevê o Estatuto processual a decretação da prisão do devedor (art. 733), último recurso tendente a forçar, por meio da coerção estatal indireta, o adimplemento voluntário da pensão.

Como se percebe, em se tratando da obrigação alimentar, o acento se desloca do numerário – elemento que justificaria o emprego da tutela condenatória ou mesmo da executiva, com as garantias a ao devido processo legal – para a conduta do devedor. E isso porque, mesmo não dispondo de bens suscetíveis de serem expropriados, a indispensabilidade dos alimentos para o credor exige que o demandado providencie os meios necessários ao adimplemento.⁷⁷⁵ Daí a conclusão de Pontes de Miranda – amparada pela própria literalidade da lei (CPC, art. 733, 'caput') –, no sentido de que o legislador converteu a sentença condenatória da prestação alimentar em mandamental.⁷⁷⁶

Por seu turno, a sentença cominatória é expressão da tutela mandamental, não da condenatória.⁷⁷⁷ De fato, a existência do preceito não resta afastada, ainda que a pena cominada realmente implique adiantamento de condenação para o caso de ele vir a ser transgredido.

Impossível, de outra parte, não constatar a relativa similaridade entre essas ações e a demanda monitória acolhida no direito brasileiro, ambas

⁷⁷⁵ Como recorda o mesmo Araken de Assis, invocando trechos de Jorge Franklin Alves Felipe e Sérgio Gischkow Pereira, “a fome não pode aguardar”, sendo que, “ante a ameaça de prisão, o dinheiro ‘sempre aparece’” (*Manual da execução*, cit., n. 407, p. 924 e nota nº 82). De fato, “a experiência indica que o executado, exceto em raras exceções, não possui razão plausível e relevante para retardar o adimplemento da prestação, escudando-se em ódio vil e em acintosa obstinação. Em tal situação, ‘só o remédio poderoso da prisão civil, pela coação, agindo psicológica, ou mesmo materialmente, dá resultado’, adverte Mário Guimarães de Souza” (*op. cit.*, p. 925).

⁷⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo I, cit., § 36, n. 2, p. 210.

⁷⁷⁷ Nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, vol. 4, tomo 2, 2001, p. 103-104. Ao contrário, Pontes de Miranda considera inerentes à ação cominatória a “alternatividade” e o “dilema” entre cumprir o preceito e sofrer a “pena” (*Tratado das ações*, tomo V, cit., § 40, n. 1, p. 157-158; § 51, n. 4, p. 192). A falsidade da construção ressalta, visto que o objetivo da medida cominada é justamente desencorajar o descumprimento do preceito.

provenientes dos *mandata* desenvolvidos pelo *ius commune* a acolhidos na praxe luso-brasileira. Do ponto de vista técnico, tal semelhança provém do mandado liminar, em técnica de adiantamento de execução, assim como a multa prevista no art. 461 do CPC pode implicar adiantamento de condenação. A monitória deve ser incluída na classe da tutela executiva, porque esse o desiderato buscado pelo autor, não o cumprimento de obrigação de fazer e não-fazer. Além disso, como observa Elaine Harzheim Macedo, inexistente, na formulação atualmente adotada no Brasil, verdadeira cominação de pena, o que permite traçar nítida linha discriminativa entre as formas de tutela previstas no art. 461 e 1.102a-1.102-C do CPC.⁷⁷⁸

14. Certamente as tutelas condenatória e mandamental não foram equiparadas pela reforma do processo de execução de sentença; quer dizer, a sentença condenatória de forma alguma se tornou mandamental.⁷⁷⁹ Como já destacado, a inexistência de atividade judicial posterior à sentença era elemento acidental da tutela condenatória, não podendo ser erigida a critério distintivo, relativamente à mandamentalidade.⁷⁸⁰ Nesse sentido, o fato de a tutela mandamental não se esgotar simplesmente na declaração, contendo atividade do juiz, é essencial; mostra-se indispensável, portanto, a mistura no mesmo processo, de cognição e “execução” (no sentido lato, atécnico) ao conceito de tutela mandamental (ela normalmente implica atividade judicial posterior à sentença), mas não serve mais para distingui-la da tutela condenatória.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ ELAINE HARZHEIM MACEDO, *Do procedimento monitório*, cit., p. 70.

⁷⁷⁹ Sem razão, portanto, FREDIE DIDIER JR.; PAULA SARNA BRAGA; RAFAEL OLIVEIRA, *Curso de direito processual civil*, Salvador : Jus PODIVM, vol. 2., 2007, p. 298; THEODORO JÚNIOR, *As novas reformas*, cit., p. 135-136.

⁷⁸⁰ Reconhece-o expressamente Ovídio A. Baptista da Silva, em relação à sentença condenatória e a sentença executiva *lato sensu* (*Jurisdição, direito material e processo*, p. 199), o que também vale para a distinção entre sentença condenatória e sentença mandamental (*op. cit.*, p. 251), justamente no sentido do texto.

⁷⁸¹ Novamente, a Lei nº 11.232/2005 não aboliu a sentença condenatória, nem a transformou em mandamental, limitando-se a inserir no esquema do Livro I a execução da sentença condenatória. O que bem mostra que distinção entre esses dois tipos de sentença não pode ser buscada exclusivamente no procedimento, elemento, quanto à condenação, puramente acidental e completamente sujeito ao arbítrio do legislador. De fato, o que torna uma sentença mandamental não é o apenas fato de ser “executada” na mesma relação processual; mas a circunstância de conter uma ordem. Em contrapartida, não é a bipartição do procedimento que confere força condenatória a uma sentença, mas, como visto, o juízo de reprovação e o objeto puramente patrimonial.

Absurdo, portanto, mesmo no sistema anterior, pretender qualificar apenas o procedimento (necessariamente sincrético, misturando cognição e “execução” – no sentido largo condenado por Pontes de Miranda) como mandamental.⁷⁸²

Faz-se mister, por conseguinte, um rápido exame da sistemática instituída pela Lei nº 11.232/2005, que não se mostra totalmente coerente.

De fato, o novo art. 475-I do CPC institui o gênero “cumprimento da sentença” (= “cumprimento em sentido amplo”), a ele subordinando o cumprimento das sentenças previstas nos arts. 461 e 161-A (= “cumprimento em sentido estrito”) e a “execução” das obrigações de pagar quantia certa. A toda evidência, trata-se de disposição que parece encerrar louvável organização sistemática, subordinando (e incluindo) a execução propriamente dita, assim como a efetivação (execução em sentido impróprio) das sentenças mandamental e executiva *lato sensu* na categoria ampla do “cumprimento”. Para assinalar a diferença entre as três espécies, o legislador reservou, acertadamente, o termo “execução” para o procedimento destinado ao exercício da coerção direta vinculada às obrigações de pagar quantia.

Surpreendentemente, no inciso I do art. 475-N, a Lei afastou-se da construção sistemática por ela mesma esboçada, incluindo as sentenças que reconheçam obrigação de fazer e não-fazer e até mesmo as obrigações para a entrega de coisa como títulos “executivos”, tomando o conceito amplo e não-técnico de execução.

Essa gritante falta de rigor denuncia que a reforma legislativa, nesse particular, curvou-se à linguagem européia adotada originalmente pelo CPC, que incluía (e ainda inclui, pois se trata de capítulos não formalmente revogados) o cumprimento das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa como espécies de “execução”.

15. No que respeita à interpretação do pedido de tutela mandamental, cumpre ter em mente a advertência lançada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “verdadeiro juiz é aquele que não se rende ao formalismo excessivo, despegado das finalidades essenciais do processo, e busca fazer justiça valendo-se do sistema e da rede de direitos fundamentais”. Assim, mesmo que

⁷⁸²

THEODORO JÚNIOR, *Curso*, vol. 1, cit., p. 583-584.

a parte tenha postulado a “declaração” ou a “condenação” do réu ao cumprimento de obrigação de fazer e não-fazer, deve-se entender com isso que está sendo pleiteada a tutela mandamental, sem que com isso se cuide de ofensa ao art. 293 do CPC, visto estar-se atendendo exatamente ao que pediu o demandante.⁷⁸³

A aplicação dos meios de coerção, todavia, não se submete plenamente ao princípio da demanda, podendo o magistrado cominar multa diária e modificar seu valor ou periodicidade de ofício (art. 461, §§ 4º e 6º).⁷⁸⁴

2.7. Funções da tutela jurisdicional mandamental

Neste tópico, faz-se um apanhado geral das funções jurídico-materiais desempenhadas pela tutela jurisdicional mandamental, primeiramente em geral, e após, com análise de exemplos, nos distintos campos do direito público e privado.

2.7.1. Observações gerais

1. Conforme as premissas assentadas no tópico anterior (2.6.), bem como as observações sobre as funções da tutela jurisdicional traçadas na primeira seção deste capítulo, observa-se a inaptidão estrutural da tutela mandamental para a realização das funções punitiva e ressarcitória pelo equivalente pecuniário.

Com efeito, a aplicação de uma penalidade como retribuição do ilícito cometido, especialmente quando a sanção não apresentar caráter pecuniário (como a restrição de direitos e privação da liberdade), por prescindir da vontade do obrigado e requerer a colaboração apenas de outros órgãos estatais (v. g., do aparato policial), escapa do âmbito próprio da coerção indireta sobre a vontade do devedor, nota característica da técnica de tutela em estudo.

⁷⁸³ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 183-184.

⁷⁸⁴ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 146.

Da mesma maneira, no que se refere ao ressarcimento em pecúnia, efetivado, por definição, por meio de medidas de constrição patrimonial sem que seja necessária a colaboração do obrigado. Tal a função das sentenças condenatórias, complementadas pela fase de execução prevista para o procedimento ordinário no sistema da Lei nº 11.232/2005.

2. A tutela mandamental também não se presta à solução de crises de certeza, justamente porque, sendo a cognição geralmente sumária, o elemento declarativo da respectiva sentença ou não é relevante o suficiente (e. g., ação cautelar) ou restringe-se apenas à parcela da lide total apreciada pelo magistrado (v. g. ação possessória).

A mandamentalidade tampouco se destina a implementar alteração imediata de situações jurídicas, pois sua vocação, nítida desde os interditos romanos, é dirigida a provocar modificação no plano fático (i. e., ações ou omissões). A criação, modificação ou extinção de relações jurídicas (e de elementos nela inseridos, como direitos subjetivos e pretensões), como visto, é realizada adequadamente pela tutela constitutiva.

3. Em contrapartida, a mandamentalidade mostra-se adequada à realização das funções preventiva (inibitória), compulsória, restaurativa e de ressarcimento *in natura* da tutela jurisdicional.

Com efeito, por meio de mandamentos, complementados por meios de coerção psicológica (v. g., cominação de multa diária), destinados a atuar sobre a vontade do obrigado, pode-se evitar o ilícito (e a sua repetição), assim como induzir o agente responsável a adotar, tardiamente, o comportamento requerido. Pode-se, também, como base nas mesmas técnicas, compelir o obrigado a restituir o direito lesado ao estado anterior ou a estabelecer a situação hipotética que teria existido se não houvesse sido praticado o ilícito.

Daí a possibilidade precisar, por meio de qualificativos, a finalidade específica a que dirigida a forma de tutela objeto desta Tese: “tutela mandamental inibitória”, “tutela mandamental compulsória”, “tutela mandamental reconstitutiva”, “tutela mandamental ressarcitória”.⁷⁸⁵

⁷⁸⁵ A sugestão acolhida e ampliada no texto deve-se a Antônio Souza Prudente, em texto voltado à análise do projeto de Código de Defesa do Contribuinte (*Tutela mandamental-inibitória, em matéria tributária, à luz do projeto do “Código de Defesa do Contribuinte”*, Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal [CEJ], 10[Jan.-abr./2000]:105-

4. Frustrada a tutela mandamental, abrem-se dois caminhos a seguir, O primeiro consiste no emprego da tutela executiva (coerção direta). Assim, não cessando voluntariamente a atividade danosa ao meio-ambiente, mesmo após a cominação de multa periódica, resta ao magistrado determinar o fechamento do estabelecimento industrial. Passando *in albis* o prazo concedido para determinação para a retirada do mercado de produtos e serviços danosos à vida, saúde e à segurança dos consumidores, passa-se ao uso força pública, especialmente policial, não mais interessando a colaboração do fornecedor.⁷⁸⁶

Terá lugar, todavia, a tutela condenatória, quando: “a) foi convencionado no negócio jurídico que o cumprimento não se daria de forma específica; b) o autor, valendo-se do princípio dispositivo, requerer perdas e danos; c) for impossível a tutela específica (e. g., obrigação de fazer infungível); d) for impossível a obtenção de resultado prático equivalente ou este não atender a todo o interesse do credor”.⁷⁸⁷

Bem se vê, por conseguinte, que a tutela mandamentl, ainda que se mostre a mais efetiva em uma série de situações práticas, não constitui panacéia para todos os males, mostrando-se mais adequada, quando frustrada de forma irreversível, o emprego de formas de tutelas jurisdicional capazes de permitir, em última análise, o exercício da função ressarcitória.

5. De outra parte, a tutela mandamental revela-se útil tanto à proteção do cidadão em face da Administração Pública quanto na tutela das relações privadas, como percebeu agudamente Galeno Lacerda.⁷⁸⁸ Justamente no servir de instrumento à realização tanto dos direitos de natureza publicística quanto dos interesses privados reside a relevância social da forma de proteção jurisdicional em questão.

108). Assim, as funções específicas da mandamentalidade também poderiam ser deisgnadas na forma composta (como utilizado pelo autor): “tutela mandamental-inibitória”, “tutela mandamental-compulsória”, “tutela mandamental-reconstitutiva”, “tutela mandamental-ressarcitória”.

⁷⁸⁶ FABRIZIO CAMERINI, *Teoria geral da tutela mandamental*, cit., p. 88-89; WATANABE, *Disposições*, cit., p. 839 (fonte de inspiração dos exemplos veiculados no texto).

⁷⁸⁷ C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 234. Tratando-se do direito consumerista, consoante recorda Cláudia Lima Marques, transcrevendo aresto do STJ, em caso de não ser possível a realização da tutela específica, a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos se opera de forma automática, sem que se cuide de alteração da causa de pedir (LIMA MARQUES/BENJAMIN/ MIRAGEM, *Comentários ao CDC*, cit., p. 1026).

⁷⁸⁸ Cf. *supra*, nota nº 178.

2.7.2. Funções inibitória, restitutória e compulsória no campo publicístico

1. Convém destacar, de saída, que as funções preventiva, compulsória, ressarcitória específica (assim como a punitiva, que refoge ao âmbito da técnica mandamental) são realizadas sobretudo fora da jurisdição, na esfera administrativa, constituindo verdadeira manifestação do poder de polícia de que se encontra imbuída a autoridade pública. Trata-se de verdadeira tutela administrativa do interesse público, cujo estudo encontra-se além dos objetivos desta tese.

2. No campo da tutela processual do indivíduo em face do Estado, destaca-se, inicialmente, o *habeas corpus*, verdadeiro arquétipo da tutela jurisdicional em questão. Trata-se, como é sabido, de remédio jurídico processual com assento constitucional (CF, art. 5º, LXVIII), destinado à salvaguarda da liberdade física (de locomoção), tanto na esfera criminal quanto nos casos de prisão civil, quando restringida de forma ilegal ou por abuso de poder.

Comporta, segundo a própria dicção constitucional, a modalidade preventiva (inibitória), bastando a simples ameaça do ilícito, bem como a forma repressiva (compulsória).

3. Já o *habeas data*, remédio processual instituído pela Constituição Federal de 1988 (cujo procedimento encontra-se disciplinado pela Lei nº 9.507/1997), especialmente na modalidade mencionada no art. 5º, LXXII, “a”, da Constituição da República, visa à proteção do direito à informação, no âmbito dos órgãos públicos e cadastros de informações com caráter público. Com efeito, sendo julgado procedente o pedido, conforme se lê do art. 13 da Lei regulamentadora, maracará o juiz dia e hora para que as informações requisitadas sejam prestadas ao impetrante, o que traduz verdadeiro mandado com função compulsória.⁷⁸⁹

4. O mandado de segurança (CF, art. 5º, LXIX), de outra parte, presta-se à salvaguarda, em face da administração pública, de outros direitos líquidos e certos não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, no que se inclui uma gama praticamente inabarcável de situações jurídicas, desde a defesa dos

⁷⁸⁹ HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança*, atualização e complementação de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, São Paulo : Malheiros, 29. ed., 2006, p. 304-305.

direitos do contribuinte em matéria tributária⁷⁹⁰, até a realização compulsória do direito à educação.⁷⁹¹

Trata-se, como ninguém ignora, de remédio jurídico específico, exigindo cognição judicial sumária, destinado à proteção do direito “líquido e certo” (por tal expressão entendendo-se o direito “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”, ou seja, o direito comprovado de plano)⁷⁹², “quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. Na forma coletiva, albergada no art. 5º, LXX da Carta de 1988, o remédio em questão poderá ser impetrado por “partido político com representação no Congresso Nacional” e por “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Bem se vê a viabilidade da impetração com vistas à segurança preventiva, i. e., quando se destina a evitar o cometimento de ilegalidade iminente, não apenas da impetração repressiva, com a função compulsória ou reconstitutiva de correção da ilegalidade já consumada.⁷⁹³

Cumpra recordar que essa garantia constitucional que não se presta, de ordinário, à obtenção de efeitos patrimoniais decorrentes do direito líquido e certo, quer dizer, à tutela ressarcitória pelo equivalente pecuniário.⁷⁹⁴

⁷⁹⁰ Sobre o reforço à proteção do contribuinte em face do Fisco, por meio da tutela mandamental-inibitória, ver as sugestões *de lege ferenda* propostas por Antônio de Souza Prudente (*Tutela mandamental-inibitória*, cit., *passim*).

⁷⁹¹ Já para a realização do direito (publicístico) à saúde, mostra-se mais efetiva a tutela executiva, conforme se depreende do seguinte aresto do STJ: “PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, como se pode verificar, por exemplo, nos seguintes precedentes: AgRg no Ag 646240/RS, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; RESP 592132/RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 16.05.2005; AgRg no RESP 554776/SP, 6ª T., Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; AgRg no REsp 718011/TO, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 30.05.2005. (...) 4. Recurso especial provido.” (Resp nº 766475-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 27.09.2005, DJU 10.10.2005, p. 257).

⁷⁹² HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança*, cit., p. 36-37.

⁷⁹³ HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança*, cit., p. 102.

⁷⁹⁴ HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança*, cit., p. 104-105.

O cumprimento da sentença ,como recorda em lição clássica Hely Lopes Meirelles, se dá de forma imediata, “específica ou *in natura*, isto é, mediante o cumprimento da providência determinada pelo juiz, sem a possibilidade de ser substituída pela reparação pecuniária”⁷⁹⁵, o que evidencia mais uma vez a natureza interdita (i. e., mandamental, não declaratória) da sentença de procedência do pedido, proferida em sede de mandado de segurança.

2.7.3. Funções inibitória, restitutória e compulsória no campo do direito privado

1. Observa-se que a sentença mandamental mostra-se a mais adequada à tutela dos direitos da personalidade.⁷⁹⁶ Isso por permitir, em atendimento ao disposto no art. 12, ‘caput’, do CC/2002, a proteção efetiva sobretudo do direito à imagem e à vida privada quando ameaçados de violação (função preventiva) ou, quando já violados, tornando possível, mediante o emprego da coerção indireta, exercer pressão sobre a vontade do agressor para que torne a adotar o comportamento prescrito pelas normas definidoras de tais direitos, i. e., fazendo cessar o ilícito (função compulsória).⁷⁹⁷ Assim, por exemplo, pode-se recorrer à tutela mandamental para impedir a divulgação não-autorizada da imagem, ou para obter a retirada de *outdoor* contendo essa imagem, ou mesmo para que a editora providencie a retirada de circulação de revista contendo notas ofensivas a determinada pessoa (situação em que assume relevo a finalidade de impedir a repetição do ilícito, que ocorrerá toda vez que o produto for posto à venda).⁷⁹⁸

⁷⁹⁵ HELY LOPES MEIRELLES, *Mandado de segurança*, cit., p.104. No mesmo sentido, cf. as citações de Castro Nunes e Seabra Fagundes, relativas às notas nº 223-226 (Capítulo 1).

⁷⁹⁶ ARENHART, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 182. A falta de efetividade inerente à tutela ressarcitória *in pecunia* (e também à sentença condenatória que a instrumentaliza) ainda mais se evidenciam quanto se atenta para o fato de que o dano gerado ao direito da personalidade normalmente é de natureza não-patrimonial (cf. Sérgio Muritiba, *Tutela inibitória e os direitos da personalidade*, RePro, 122[abril/2005]:22-40, esp. p. 31).

⁷⁹⁷ Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, São Paulo : Saraiva, 39. ed., 2007, p. 550, nota nº 9a) incluem, invocando precedente jurisprudencial, a possibilidade imposição de multa diária para fazer cessar ataques pessoais lançados na *internet*. Possível, ainda, dentro do direito brasileiro, a tutela jurisdicional de certos direitos da personalidade *post mortem*, como sugere instigante ensaio de José Rogério Cruz e Tucci (*Tutela jurisdicional da personalidade post mortem*, RT, 845(mar./2005):11-21).

⁷⁹⁸ MURITIBA, *Tutela inibitória*, cit., p. 35-36.

Não se exclui, ainda, o exercício da função reconstitutiva, quando se trata do emprego de mandamentos, para, por exemplo, restaurar o direito à imagem lesado por empresa jornalística, conforme autorização específica da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967, art. 32, §§ 5º e 8º).⁷⁹⁹

3. No campo do Direito das Obrigações, a tutela mandamental mostra-se adequada às obrigações de fazer e não-fazer, decorrentes ou não de contrat. Desimporta, outrossim, o caráter personalíssimo da obrigação. Em verdade, vem se afirmando, tanto no âmbito da doutrina quanto no da jurisprudência, a idéia de que a coerção indireta que normalmente acompanha a ordem judicial (especialmente quando fundamentada em dispositivos como o art. 461 do CPC) aplica-se assim às obrigações de fazer e não-fazer fungíveis como às infungíveis.⁸⁰⁰

Assim, por exemplo, a tutela mandamental concedida com base no art. 461 do CPC presta-se ao cumprimento de contrato de participação financeira firmado com a antiga CRT (Companhia Rio-Grandense de Telecomunicações), compelindo-se a devedora a prestar obrigação de entregar ações de telefonia não recebidas pelo particular no momento oportuno.⁸⁰¹

Socialmente relevante, e particularmente sensível do ponto de vista fático, mostra-se a área dos seguros-saúde, por ser campo em que o cumprimento *in natura* do estipulado no contrato mostra-se muitas vezes a única alternativa viável à satisfação do interesse manifestado pelo demandante. Conforme salientou Eduardo Talamini, em situações como a presente, a obrigação da prestadora de serviço perde a conotação simplesmente pecuniária (de dar quantia certa), assumindo contornos de verdadeira obrigação de fazer. Em verdade, “o núcleo da obrigação não está no pagamento, mas no custeio do tratamento”, de modo que, “perante o usuário, a operadora tem a obrigação de prestação de um *fato*, qual seja, a oferta (o custeio, a disponibilização) do tratamento à saúde – a que a

⁷⁹⁹ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 435-436.

⁸⁰⁰ RIZZO AMARAL, *As astreintes*, cit., p. 95-98; NEGRÃO/GOUVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, cit., p. 550-551, nota nº 9a.

⁸⁰¹ Nesse sentido, corrente jurisprudencial adotada no TJRS (v. g., AC nº 70009785676, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. em 22.12.2004).

obrigação de *pagar a terceiros é instrumental*.⁸⁰² Pode-se incluir, assim, no âmbito da mandamentalidade, o fornecimento de medicamentos, o custeio de tratamento ambulatorial ou hospitalar (e até mesmo domiciliar), a cobertura de procedimentos cirúrgicos indispensáveis à manutenção da vida ou da qualidade de vida do paciente, o fornecimento de próteses e estruturas assemelhadas (como *stents* e marca-passos).

4. Relativamente ao plano Direito das Coisas, destaca-se de forma especial a tutela da posse, ligada, também, à proteção da pessoa.⁸⁰³ Nesse campo de atuação, presta-se a tutela mandamental a desempenhar de forma particular a função preventiva, prestada por meio de remédios jurídicos específicos, como o interdito proibitório, assim como a função compulsória, instrumentalizada por meio da ação de manutenção de posse.

Não se descarta, outrossim, a aplicação da forma mandamental de proteção jurisdicional a outros direitos reais que não o de propriedade, como ocorre com a demanda para extinção do usufruto ou fideicomisso sem culpa do titular, conforme exemplificação de Pontes de Miranda no *Tratado das ações*.

5. No campo do Direito de Família, pode-se apontar como exemplos o direito ao afastamento do cônjuge o respeito à posse provisória, à guarda e à regulação das visitas dos filhos.⁸⁰⁴

6. Exemplos de Pontes de Miranda ilustram a aplicação dessa forma de tutela ao Direito das Sucessões. Assim, ter-se-ia a demanda destinada à remoção do inventariante, que se incluria entre as mandamentais típicas⁸⁰⁵; ação de habilitação de herdeiro na arrecadação; ação de reserva de bens para pagamento de dívidas em herança, requerida pelo credor do *de cuius*; pedido de abertura de sucessão provisória.⁸⁰⁶ Em todos esses casos, destacara-se-ia, na respectiva sentença de procedência, mais o mandamento do que qualquer outra eficácia.

⁸⁰² TALAMINI, *Tutela relativa os deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 135. No mesmo sentido, a decisão da 3ª Turma do STJ ao apreciar o Resp nº 205.895 (NEGRÃO/GOUVÊA, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, cit., p. 551, nota nº 9a).

⁸⁰³ Essa a fundamentação da proteção possessória encontrada em Augusto Teixeira de Freitas, para quem os interditos possessórios seriam verdadeiras ações pessoais (*Consolidação das Leis Civis*, cit., p. CLV-CLXV).

⁸⁰⁴ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 128.

⁸⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VI, cit., §, 16, n. 1, p. 169 *et seq.*

⁸⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, tomo VI, cit., § 26, n. 7, p. 303-307.

7. No terreno do Direito da Empresa, assume relevo a tutela mandamental do nome empresarial (assim como das marcas e patentes), prevenindo ilício ou ou compelindo o violador a fazê-lo cessar., bem como de marcas e patentes.⁸⁰⁷ Igualmente, justifica-se a tutela mandamental quando for o caso de determinar demandando o recolhimento de produtos contrafeitos.⁸⁰⁸

Deve-se recordar, ademais, o disposto no art. 62, 'caput', da Lei nº 8.884/1994 (Lei antitruste), autorizando o juiz a conceder a tutela específica da obrigação reconhecida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O § 2º do mesmo dispositivo, em contrapartida, especifica que a conversão da obrigação de fazer e não-fazer em perdas e danos somente se dará em caso de impossibilidade de implementação da medida específica. De fato, como anota João Bosco Leopoldino da Fonseca, em comentário à referida legislação, “a decisão proferida pelo CADE tem por finalidade precípua reconduzir as empresas representadas a um comportamento compatível com o adequado funcionamento do mercado”, assegurando-se aos demais participantes, os direitos de “estarem presentes, não serem obrigados a sair e poderem atuar livremente”. Daí a justificativa para o emprego da proteção mandamental.⁸⁰⁹

8. O Direito do Consumidor prevê, no art. 84 do CDC, meio específico destinado à implementação da tutela mandamental. Nesse campo, talvez um dos mais favoráveis ao campo da mandamentalidade no direito privado, dominado pelos princípios da prevenção e da efetiva reparação do dano (CDC, art. 6º, VI), novamente assumem relevo as funções inibitória, compulsória, reconstitutiva e ressarcitória na forma específica da tutela jurisdicional.

Assim, manifestando a segunda possibilidade, pode-se, por meio da tutela mandamental, obter o recolhimento de mercadorias postas à venda em desacordo com o regramento legal e administrativo aplicável, mesmo sem ocorrência de dano aos consumidores, exemplificando hipótese de verdadeira

⁸⁰⁷ NELSON NERY JUNIOR; ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, São Paulo : RT, 9. ed., 2006, p. 589.

⁸⁰⁸ Quando, porém, a providência competir a autoridade pública (v. g., busca e apreensão), cuida-se de verdadeira tutela executiva, extrapolando o âmbito da proteção estritamente mandamental.

⁸⁰⁹ JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA, *Lei de proteção da concorrência : comentários à legislação antitruste*, Rio de Janeiro : Forense, 3. ed., 2007, p. 389-390.

proteção inibitória (passível de ser prestada, como é óbvio, tanto em demandas individuais quanto nas de caráter coletivo).

De outra parte, destaca-se como exemplo de tutela reconstitutiva mandamental admitida pelo direito consumerista a medida cominatória (definida até mesmo liminarmente) destinada à retirada de inscrição do consumidor em castro de inadimplentes quando contestado o débito.⁸¹⁰ De outra parte, a cominação de *astreinte* visando à substituição de peças defeituosas de um automóvel ou mesmo à realização de nova cirurgia para retirada de instrumentação “esquecida” no corpo do paciente exerce verdadeira função ressarcitória *in natura*, encontrando-se totalmente ajustada ao sistema consumerista.⁸¹¹

9. Não é difícil perceber, outrossim, a imensa aplicabilidade da forma de tutela em questão ao campo do Direito Ambiental, instrumentalizada sobretudo pelo art. 11 da LACP, dirigida não apenas à proteção dos direitos subjetivos clássicos, mas principalmente à salvaguarda de interesses difusos, coletivos e de direitos individuais homogêneos.

Assim, de acordo com o princípio dominante desse ramo do direito, destaca principalmente a função preventiva da tutela mandamental, sabendo-se que, em matéria ambiental, mais vale prevenir o dano do que repará-lo a posteriori. Não restam excluídas, outrossim, as funções compulsória e reconstitutiva.⁸¹²

10. No campo da previdência privada, no que se refere à inclusão de verbas específicas em parcela recebida a título de complementação da aposentadoria percebida pelo INSS, por se tratar de obrigação de fazer.⁸¹³

⁸¹⁰ LIMA MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM, *Comentários ao CDC*, cit., p. 1027.

⁸¹¹ O segundo exemplo encontra-se em Marioni (*Tutela inibitória*, cit., p. 459).

⁸¹² Para um desenvolvimento do assunto, cf. MARINONI, *Técnica processual*, cit., p. 333 *et seq.*; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Ação civil pública : em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, São Paulo : RT, 7. ed., 2001, p. 239-256; *idem*, “Considerações acerca de certa tendência legislativa à atenuação do dogma 'nemo ad factum praecise cogi potest'”, in: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (coord.), *Processo civil : estudos em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*, São Paulo : Saraiva, 1995, p. 259-272.

⁸¹³ Possibilidade ilustrada pelo seguinte julgado do TJRS: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Presentes os pressupostos do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e da verossimilhança da alegação, cabível a antecipação de tutela para que a ré providencie a inclusão, em folha de pagamento da parte autora, do auxílio cesta alimentação. Verba de natureza remuneratória que deve ser alcançada

11. Finalmente, consoante a jurisprudência firmada no âmbito do TST, a sentença mandamental revela-se adequada à tutela jurisdicional de uma série de situações jurídicas decorrentes das relações jurídicas trabalhistas.⁸¹⁴

Assim, na esteira do art. 729 da CLT, essa Corte decidiu ser de fazer a obrigação de reintegrar o trabalho ao emprego, comportando, assim, aplicação de *astreintes*, por interpretação analógica do art. 461 do CPC.⁸¹⁵

De outra parte, por ocasião do julgamento do RR nº 2818/2003, o TST julgou viável a cominação de multa periódica para forçar o empregador a manter o empregado aposentado por invalidez em plano de saúde.

Outrossim, conforme restou assentado no E-RR nº 718694, é possível a cominação de multa periódica para determinar a modificação da função exercida pelo empregado, caso em que incidirá, segundo a ótica do TST, apenas a partir do trânsito em julgado da decisão.

3. Técnicas de efetivação da tutela jurisdicional mandamental

Cumprindo, finalmente, examinar de forma panorâmica (dentro dos limites permitidos a esta Tese), algumas questões concernentes à efetivação da sentença mandamental, notadamente quanto à multa cominatória, prisão civil, multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC, e quanto à configuração do crime de desobediência.

aos servidores inativos, consoante jurisprudência prevaiente. ASTREINTE. Cabível a fixação de multa por folha de pagamento em que não conste a aludida rubrica, como forma de coibir o descumprimento da decisão judicial. Inteligência dos arts. 273, § 3º, c.c. 461, § 5º, ambos do CPC. Desacolhida, ante as peculiaridades do pleito, a periodicidade diária. Redimensionamento do valor indicado pela requerente. RECURSO PROVIDO EM PARTE, POR DECISÃO MONOCRÁTICA.” (AI nº 70022481774, 6º Câmara Cível, Rel. Des. Ubirajara Mach de Oliveira, j. em 27.12.2007).

⁸¹⁴ Proclamou-se, nesse sentido, a compatibilidade da multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC com a legislação trabalhista (RR nº 634723/2000; ED-RR nº 69952/2002). Todavia, existe orientação firmada no âmbito do TST (v.g., RR nº 536/2005, RR nº 7679/2002), no sentido de que a multa periódica prevista no art. 461, § 4º, do CPC não se mostra adequada à garantia do cumprimento de obrigação de realizar anotações na CTPS. E isso porque, nos termos do art. 39 da CLT, tal providência compete à Secretaria da Vara do Trabalho. Assim, trata-se de hipótese em que a tutela executiva mostra-se mais efetiva.

⁸¹⁵ AIRR nº 1121/1998; RR nº 1367/2002.

3.1. Multa cominatória

1. Como principal técnica de efetivação da tutela jurisdicional mandamental desponta a multa periódica, sobretudo no campo das relações jurídicas de direito privado. Interessa ao presente estudo, portanto, não uma análise exaustiva de todos os aspectos implicados na *astreinte* (o que já foi feito e cuja repetição, aqui, seria inviável), mas destacar, apenas, alguns aspectos relevantes do ponto de vista da mandamentalidade.

2. Assim, a técnica da multa cominatória adotada no direito brasileiro, como ninguém desconhece, encontra sua origem próxima na jurisprudência francesa constituída a partir da interpretação do art. 1.142 do Código Napoleão, em flagrante subversão ao princípio da incoercibilidade *in natura* das obrigações de fazer e não-fazer então acolhido.⁸¹⁶

No direito luso-brasileiro, a possibilidade sempre restou albergada, consubstanciando-se, principalmente, nas ações (sincréticas!) cominatórias, que perduraram até o advento do CPC/1973.

3. Em verdade, estando a tutela mandamental dirigida a atuar sobre a vontade do réu, justifica-se o emprego da multa como técnica de coerção (indireta). A multa em questão dirige-se, portanto, diretamente contra a pessoa do devedor, destinando-se apenas a coagi-lo a adotar determinado comportamento (“cogi ad praecise factum”), objetivo declarado impossível pelo princípio implementado na maior parte da Europa Continental. O induzimento constitui, assim, aspecto central dessa “sanção” condicionando sua função e moldando sua estrutura. Justamente por isso, a medida cominatória tem sua magnitude medida não pela extensão do dano, mas em função da resistência esperada e pela necessidade de curvar a vontade recalcitrante.⁸¹⁷

Nessa senda, constata-se que a multa cominatória não ostenta natureza reparatória ou compensatória, motivo pelo qual também não guarda relação com a extensão do prejuízo experimentado pelo credor. Pode, pelo mesmo

⁸¹⁶ Sobre a origem das astreintes no direito francês, ver o interessante estudo de M. P. Michell (*Imperium by the back door: the astreinte and the enforcement of contractual obligations in France*, *University of Toronto Law Review*, 51(spring/1993):250-276, esp. p. 265-266). Para uma visão geral do instituto, cf. François Chabas, *L'astreinte en droit français*, *Revista de Direito Civil*, 69: 51-56.

⁸¹⁷ PEKELIS, *Legal techniques*, cit., p. 675.

motivo, ultrapassar em muitas vezes o valor pecuniário da obrigação, conforme se depreende do estatuído no § 2º do art. 461 do CPC.⁸¹⁸

Tampouco se reveste de caráter punitivo, restando inconfundível, portanto, com a cláusula penal estabelecida em contrato (arts. 920 do CC/1916 e 412 do CC/2002).

4. Impossível, ademais, identificar, em sua função própria, a multa prevista no art. 475-J, do CPC, com a *astreinte* facultada pelo § 5º do art. 461 do CPC.

Claro está, a simples possibilidade de aplicação da sanção prevista na norma por si mesma é suscetível de exercer coação psicológica sobre o destinatário. Trata-se, contudo, de propriedade inerente a qualquer tipo de sanção, não sendo exclusiva da multa periódica facultada pelo art. 461 do CPC. Todavia, constata-se nessas últimas medidas o papel específico de exercer a dita coerção, ao passo que, na multa do art. 475-J, tal função é sobrelevada pelos aspectos penitencial (i. e., punitivo)⁸¹⁹ e ressarcitório.

A *astreinte* prevista nos parágrafos do art. 461 do CPC, no art. 84 do CDC tampouco pode ser assimilada à multa do art. 14, V e parágrafo único, do CPC, como se verá no item apropriado.

5. A imposição da multa, por si mesma, apresenta eficácia condenatória (o que mostra, mais uma vez, que as sentenças não são puras), ligada ao elemento mandamental, do qual atua como complemento (não ao elemento declaratório). Existe, portanto, verdadeira execução da multa, submetida ao regime da Lei nº 11.232/2005.

6. A técnica em questão revela-se aplicável também à tutela de deveres fungíveis, conforme restou afirmado alhures, atuando como meio de pressionar o devedor a obter o seu cumprimento *in natura* (o que, sob a ótica da efetividade, é preferível em abstrato).⁸²⁰

7. Cumpre retomar, em seguida, o problema da periodicidade da *astreinte*. De fato, a multa em questão revela-se passível de ser fixada não apenas em

⁸¹⁸ “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).”

⁸¹⁹ Nesse sentido. C. A. Alvaro de Oliveira, *A nova execução*, cit., p. 292. Em sentido um tanto diverso, entende Guilherme Rizzo Amaral que a função dessa multa consiste em “pressionar o devedor (ainda que de forma bastante limitada se comparada às *astreintes*) a cumprir a sentença” (*A nova execução*, cit., p. 124).

⁸²⁰ Cf. TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 244-245 e, para maiores indicações bibliográficas, as notas nº 10 e 11. Em sentido contrário, Judith Martins-Costa (*Comentários*, cit., p. 96).

dias, mas também em unidades superiores (semanas, quinzenas, meses) ou inferiores (horas, minutos, segundos) de tempo, como facultado expressamente pelo § 6º do art. 461 do CPC (incluído pela Lei nº 10.444/2002). Tudo depende, obviamente, das circunstâncias concretas, competindo ao juiz, por força do princípio da adaptabilidade do procedimento, adequar a periodicidade da *astreinte* às peculiaridades da causa.⁸²¹

8. Nada obstará, ainda, a cominação de multa não-progressiva, única (“multa fixa”), especialmente quando a tutela mandamental desempenhe função inibitória. E isso porque, em tais situações, o dever de prestar fato só se revela útil ao credor quando cumprido em uma oportunidade exata (e. g.: fornecimento de alimentos para uma festa de formatura). Da mesma forma, quanto a deveres de não-fazer cuja violação ocorra por ato de eficácia instantânea, como demolir um prédio tombado pelo patrimônio histórico.⁸²²

Em tais hipóteses, observa Eduardo Talamini, “o que se prestará a influenciar a conduta do réu não será a perspectiva de aumento progressivo da coerção patrimonial em virtude da incidência diária, mas a ameaça da incidência única”.⁸²³

9. Quanto ao favorecido, no campo das demandas individuais, inexistente disposição expressa, embora esteja assentada a idéia de que deve reverter ao autor, não ao Estado, por influência dos sistemas francês, italiano e alemão. Talamini alinha dois argumentos de peso em favor dessa prática. Primeiramente, entende que tanto maior será a eficácia da multa como meio de coerção psicológica sobre o réu quanto maior for a perspectiva concreta de sua execução, o que, segundo a experiência demonstra, obtém-se com mais facilidade ao deixar a cobrança do crédito nas mãos da parte do que nas do Estado. Além disso, não se pode esquecer que o crédito decorrente de incidência da *astreinte* poderá ser usado pelo autor em eventual acordo celebrado com a parte contrária. De fato, apesar de a técnica em questão privilegiar o

⁸²¹ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 244.

⁸²² TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 242; AMARAL, *As astreintes*, cit., p. 121.

⁸²³ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 243.

cumprimento específico da obrigação, nada impede ao credor lançar mão da transação como maneira de pôr fim ao litígio.⁸²⁴

10. Nas demandas envolvendo direitos da criança e do adolescente, todavia, as multas serão destinadas ao fundo gerido pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente de cada Município, competindo ao Ministério Público (assim como aos demais legitimados para promover a demanda) promover a execução das quantias não recolhidas até 30 dias após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor (ECA, art. 214, 'caput' e § 1º).

11. A responsabilidade pelo pagamento será exclusivamente do demandado, como se deduz do cotejo com o art. 14, parágrafo único, do CPC. O meio de coerção mostra-se passível ainda de ser aplicado contra o Estado, caso em que a responsabilidade será da pessoa jurídica de direito público responsável pelo descumprimento da ordem, não do agente público⁸²⁵, preceito que encontra aplicação subsidiária ao mandado de segurança.⁸²⁶

12. Questão particularmente interessante diz respeito à possibilidade de execução provisória da *astreinte* antes de prolatada a sentença, evidenciando muito bem o conflito inevitável entre os valores efetividade e segurança. Há ponderável entendimento doutrinário no sentido negativo, por se tratar de medida desnecessária (com caráter não-urgente), bastando, para coagir o réu, que a multa seja cominada, não havendo necessidade de que seja efetivamente cobrada.⁸²⁷ De fato, a execução, ainda que provisória, é medida capaz de surtir efeito psicológico sobre o réu, talvez de forma mais eficiente do que a simples cominação a ser realizada em um futuro distante. Todavia, no atual regime, particularmente gravoso ao devedor, apesar das garantias legais, efetivamente não se mostra prudente autorizar a medida.

13 Não se deve, contudo, confundir o cumprimento da sentença mandamental – que não ocorrer por execução – com a execução – pecuniária

⁸²⁴ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 264-265.

⁸²⁵ RIZZO AMARAL, *As astreintes*, cit., p. 99-103; TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 246-247.

⁸²⁶ TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, cit., p. 447-450. Há situações excepcionais em que seria possível aplicar a penalidade diretamente ao agente público responsável pela prática do ato ou da omissão.

⁸²⁷ RIZZO AMARAL, *As astreintes*, cit., p. 212 *et seq.*

– da multa. Esta (não a ordem) é que deve, efetivamente, “ser efetivada pelos meios executórios obrigacionais”.⁸²⁸

3.2. Prisão civil

1. Importante corrente doutrinária, inspirando-se no *contempt of court* anglo-saxônico, inclina-se para a admissão da prisão civil do devedor faltoso.⁸²⁹

De fato, a medida privativa de liberdade seria devida em decorrência do desrespeito à *ordem* judicial, não em razão da *obrigação* originária, de modo que restaria excluída da vedação imposta no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.

2. Essa proposição, de resto discutível de lege lata, no plano constitucional, esbarra em óbice intransponível, pelo menos na sistemática atualmente em vigor: a inexistência de norma legal (processual) específica, autorizando a imposição do meio de coerção em tela. Não se pode esquecer, realmente, a vinculação do sistema jurídico brasileiro à tradição romano-germânica (particularmente, ao seu ramo luso-brasileiro), de qualquer maneira não eliminada nem amenizada pelos artífices da República, impondo a submissão dos órgãos públicos (incluindo os juízes) ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II). Trata-se de baliza a ser considerada mesmo na aplicação do postulado normativo-aplicativo da proporcionalidade⁸³⁰, mormente em se tratando de medida restritiva da liberdade individual, não importando se de natureza criminal ou civil.⁸³¹

3. Nessa linha, conforme lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, instrumentos coercitivos como o *contempt of court* do direito anglo-saxão e o *Ordnungshaft* do direito alemão, enquanto tais, constituem expedientes

⁸²⁸ OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Execução obrigacional e mandamentalidade*, cit., p. 606.

⁸²⁹ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 292-295; ARENHART, *A tutela inibitória da vida privada*, cit., p. 211; *idem*, *Perfis da tutela inibitória coletiva*, cit., p. 384-396 (com análise das diversas proposições outrinárias a respeito do assunto).

⁸³⁰ Sobre o assunto, consultar, na literatura brasileira, as indispensáveis observações de Humberto Ávila (*Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo : Malheiros, 6. ed., 2006, p. 148 *et seq.*

⁸³¹ Cf. o que foi dito *supra*, na nota nº 228.

incompatíveis com o direito brasileiro⁸³², pelo que resta ilegítima, também nesse particular, a ligação direta com os sistemas jurídicos estrangeiros.

3.3. A multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC

Constitui lugar comum na doutrina identificar a multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC (incluído pela Lei nº 10.358/2001) com o contempt of court anglo-saxônico, dada a amplitude sugerida pelo preceito.⁸³³

Todavia, ostentando caráter nitidamente sancionatório, a multa prevista nesse dispositivo legal não se confunde com a multa cominatória, não exercendo, portanto, função especificamente coercitiva.⁸³⁴ Dada a existência de ressalva expressa, não resta afastada, como se verá a seguir, a configuração de delito.

3.4. Crime de desobediência

1. De outra parte, afastando-se desse discurso, Kazuo Watanabe considera que o descumprimento da ordem pode acarretar ilícito verdadeiramente penal. De fato, a pena de prisão decorrente do descumprimento de ordem judicial não ostentaria natureza civil, mas criminal, escapando, portanto, à restrição constante da norma constitucional.⁸³⁵

2. Quanto à primeira possibilidade, tem-se o art. 330 do CP, dirigido à punição, com pena de “detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa” da conduta de “desobedecer a ordem legal de funcionário público”.

⁸³² C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 238). Sobre a penalidade adotada pelo § 890 da ZPO, cf. WOLFGANG GRUNSKY, *Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts*, Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, p. 27; HANS BROX; WOLF-D. WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, Köln : Karl Heymann, 6. Aufl., 1999, p. 615-617.

⁸³³ Assim, Ada Pellegrini Grionover, *Ética, Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*, RePro, 102:219-227, esp. p. 224-225; Paulo Afonso Brum Vaz, *O contempt of court no novo Processo Civil*, Genesis, 32(abr.-jun./2004):336-356, esp. p. 337 et seq.

⁸³⁴ MEDINA, *Breves notas*, cit., p. 33; RIZZO AMARAL, *As astreintes*, cit., p. 155-156. Nesse sentido tb. C. A. Alvaro de Oliveira (*Tutela jurisdicional*, cit., p. 236-237), apesar de tratá-la como técnica de efetivação da tutela mandamental.

⁸³⁵ WATANABE, *Disposições*, cit., p. 847.

Efetivamente, o bem jurídico tutelado pela norma em questão consiste no prestígio da função pública. Por seu turno, o sujeito passivo da conduta delituosa é próprio Estado, assim como o funcionário que ditou a ordem. Nisso se inclui as determinações emanadas de quaisquer poderes públicos, abarcando, obviamente, o descumprimento de ordem judicial.

O sujeito ativo da conduta reprimida pela norma em questão, tipicamente, será o particular. Admite-se, porém, a punição de funcionário público responsável pelo descumprimento do preceito, desde que ausente a subordinação hierárquica.⁸³⁶

3. Para a configuração do delito previsto no art. 330 do CPC, mister haja resistência à ordem legal, incluindo a proferida em sede de mandado de segurança, dada a referência expressa no CPC/1939 (art. 327).⁸³⁷

4. Doutrina e jurisprudência criminais vêm entendendo que a existência de sanção de natureza administrativa ou civil afasta a ocorrência do crime tipificado no art. 330 do CP, a menos que a lei ressalve expressamente a aplicação cumulativa desse dispositivo.⁸³⁸ E isso porque, sob o prisma da intervenção mínima que caracteriza o Direito Penal contemporâneo, não haveria razão a justificar o *bis in idem*.⁸³⁹ Assim, a cominação de sanção processual civil (a menos que configurada a ressalva) acarretaria a atipicidade penal do descumprimento da ordem.⁸⁴⁰

5. Outra possibilidade diz respeito ao crime de prevaricação (CP, art. 319, cujo tipo, cominando pena de detenção de três meses a um ano, e multa, vem

⁸³⁶ ALBERTO SILVA FRANCO; RUI STOCO (coord.), *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, vol. 2 : parte especial, São Paulo : RT, 7. ed., 2001, n. 1.02, p. 3959.

⁸³⁷ “Recebendo a cópia da sentença, o representante da pessoa jurídica de direito público, sob pena de responsabilidade, ou, no caso do art. 319, § 2º, o representante legal da pessoa que houver praticado o ato impugnado, providenciará imediatamente, sob pena de desobediência, para o cumprimento da decisão judicial.”

⁸³⁸ NÉLSON HUNGRIA, *Comentários*, cit., n. 163, p. 417; JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Código Penal interpretado*, São Paulo : Atlas, 4. ed., 2003, p. 2139 (com menção a diversos precedentes jurisprudenciais).

⁸³⁹ Nesse sentido: “Observante ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal, não se compatibiliza a dualidade de incidente de ilícitos – penal e civil (ou de outra natureza do universo jurídico) – relativamente ao mesmo fato, afora os casos excepcionais em que a lei ressalva a aplicabilidade cumulativa de sanções’ (TACRIM-SP – AC – Rel. Gonçalves Nogueira – JUTACRIM 94/199)” (SILVA FRANCO/STOCO, *Código Penal*, cit., p. 3981.

⁸⁴⁰ “As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil ou processual civil, tal quanto às administrativas, especificamente previstas, retiram tipicidade do delito de desobediência tornando fato penalmente atípico’ (TACRIM-SP – HC – Rel. Corrêa Dias – JUTACRIM 77/143)” (SILVA FRANCO/STOCO, *Código Penal*, cit., p. 3981.

definido como “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”). Conforme recorda o sempre clássico Nelson Hungria, a configuração desse delito exige relação de subordinação hierárquica entre o emissor e o destinatário da ordem, de modo que entre os deveres funcionais do destinatário esteja compreendido o de cumpri-la.⁸⁴¹

6. Em relação especificamente ao tema deste trabalho, cumpre estabelecer se o desatendimento à ordem judicial implícita na tutela relativa a dever de fazer e não-fazer acarretaria apenas a incidência da multa cominatória (CPC, art. 461), não configurando crime de desobediência.

De fato, como a multa cominatória não constitui sanção punitiva (mas destina a instrumentalizar outras funções jurídico-substanciais, como a inibição, o cumprimento compulsório do dever e a própria reconstituição), deve-se concluir que sua aplicação não afasta a incidência da norma criminal. A idéia em questão é reforçada pelo parágrafo único do art. 14 do CPC, que prevê expressamente a possibilidade de cumulação de sanções nas esferas civil, processual e penal.⁸⁴²

7. De qualquer sorte, não se pode esquecer o fato de que tanto a decretação da prisão em flagrante quanto o processo criminal decorrente extrapolam a competência do juízo cível, devendo tais questões serem apreciadas na esfera criminal⁸⁴³, pelo que não se revela instrumento capaz de reforçar, por si só, a efetividade da tutela mandamental.

4. Conclusões parciais

1. Conforme constatado na Seção nº 1, a mandamentalidade inerente a certas decisões judiciais (tendo em mente principalmente as proferidas pelo juiz brasileiro) não provém do direito subjetivo material da parte, mas das regras de direito público, especialmente constitucional e processual (ordinário). Em razão disso, e de outros fatores de diversas ordens, então apontados, rejeitou-se de

⁸⁴¹ NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro : Forense, vol. IX, 1958 , n. 163, p. 417.

⁸⁴² Nesse sentido: BRUM VAZ, *O contempt of court*, cit., p. 349-350.

⁸⁴³ Assim. C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Tutela jurisdicional*, cit., p. 238; BRUM VAZ, *O contempt of court*, cit., p. 349.

forma particular a perspectiva da ação material, considerada imprópria para a explicação da sentença mandamental.

Outrossim, percebeu-se que a correta compreensão do mandamento judicial depende principalmente (mas não de forma exclusiva) do desenvolvimento de uma teoria da eficácia da sentença tomando como ponto de partida a obra monumental de Pontes de Miranda.

Verificou-se, ademais, a potencialidade do conceito de tutela jurisdicional (entendida como proteção outorgada pelo Estado-juiz, em diferentes níveis de intensidade, à esfera jurídica da pessoa – i. e., dos litigantes – principalmente ao autor vitorioso) para iluminar a natureza a ser atribuída a essas ordens emanadas do Poder Judiciário. Nesse sentido, observou-se que, mais do que a ação, a pretensão processual ou mesmo a sentença, mandamental é a tutela jurisdicional dispensada ao demandante.

De outra parte, em tópicos específicos, procurou-se distinguir os conceitos de necessidades, funções, formas e técnicas de tutela jurisdicional, nem sempre delimitados claramente pela doutrina, situando-se a mandamentalidade em cada uma dessas categorias.

2. Viu-se, na segunda Seção deste Capítulo, as principais diferenças entre a tutela mandamental e as outras formas de tutela, procurando-se identificar, de forma particularizada, as principais distinções entre a condenação, a execução e a mandamentalidade, com vistas à apreensão da essência desta última forma de proteção jurisdicional.

Constatou-se, nessa oportunidade, que o elemento principal dessa última classe reside na ordem emitida pelo juiz, não importando se dirigida a parte ou a terceiro, atribuindo-se ao meio coercitivo (v. g., multa periódica) o papel fundamental, mas não-essencial, atuando como instrumento complementar para implementação do mandamento.

Vinculou-se a mandamentalidade, sobretudo, à tradição romano-germânica e luso-brasileira, sendo fundamentalmente acidental a comparação (obviamente não proibida nem de todo infrutífera) com instrumentos próprios do mundo do *Common Law*.

Procedeu-se ao exame das principais funções desempenhadas pela tutela mandamental, constatando-se ser ela adequada à proteção de direitos

subjetivos públicos e privados, assim como de interesses difusos, em que importa implementar a inibição, a coerção ao cumprimento, a reconstituição do *status quo* anterior e o ressarcimento do dano *in natura*. Restou demonstrada, assim, a imensa relevância, prática, na vida social, da forma de tutela jurisdicional em questão.

Em verdade, constatou-se serem arquétipos da mandamentalidade, no campo publicístico, o habeas corpus e o mandado de segurança, ao passo que, no campo do direito privado, essa função seria exercida pelos interditos possessórios e pelas ações cominatórias.

3. Na terceira Seção, realizou-se exame sumário das principais técnicas destinadas à instrumentalizar a tutela mandamental, constatando-se ser a multa coercitiva o meio mais adequado, do ponto de vista prático e considerada a situação jurídico-positiva atual, para forçar o demandado (ou o terceiro) ao cumprimento do preceito.

Observou-se, ademais, a inaptidão da multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC e da prisão por crime de desobediência ou prevaricação para outorgar efetividade à tutela mandamental.

De outra parte, conclui-se que admissão da prisão civil, inspirada no *contempt power* inerente ao direito anglo-americano, ainda que eventualmente ponderável no plano constitucional, torna-se inviabilizada pela ausência de lei específica autorizadora da medida no direito brasileiro, fortemente inspirado pelo princípio da legalidade.

CONCLUSÕES GERAIS

1. O Capítulo 1 dedicou-se a apresentar as origens históricas da mandamentalidade delineada no processo civil brasileiro. Assim, após um esclarecimento inicial de ordem etimológica e filosófica a respeito dos termos normalmente associados às ordens judiciais, passou-se ao estudo da primeira e mais importante referência histórico-dogmática, constituída pela experiência jurídica romana, notadamente pelo *imperium* exercido pelo *praetor* por meio, principalmente, do *interditcum*, o que constituiu, ao menos no período clássico, verdadeiro óbice à universalização da condenação pecuniária, representada pela *actio*.
2. Apontaram-se, ainda, como fatores responsáveis pela sobrevivência da mandamentalidade no âmbito do *ius commune* medieval a existência do *processus executivus* e os preceitos cominatórios dotados de características interditais.
3. Como visto, influíram no processo de formação dos dois principais remédios jurídicos destinados à proteção da esfera individual em face da atuação estatal no Brasil independente (*habeas corpus* e mandado de segurança) não apenas instrumentos tomados do direito anglo-saxônico, mas também instituições herdadas do período lusitano.
4. Apesar da existência, na história do direito luso-brasileiro, de inúmeros institutos interditais, constatou-se a quase eliminação da mandamentalidade do direito codificado, fenômeno resultante da aceitação acrítica de determinadas premissas doutrinárias estranhas à tradição jurídica brasileira.
5. Apesar disso, mostrando o acerto essencial da percepção de Rudolph von Jhering, os direitos mais intimamente ligados à pessoa (v. g., liberdade e posse) encontraram, mesmo à margem do sistema, meios de se realizar (vide a doutrina brasileira do *habeas corpus* e o uso indiscriminado do processo cautelar para obtenção da satisfação provisória de direitos), fenômeno que também explica a redescoberta do espaço próprio da mandamentalidade a partir do final do séc. XX.

6. No capítulo 2, dedicado ao exame das distintas posições doutrinárias, principiando pelo pensamento medieval, percebeu-se que, mesmo após a relativa divulgação das idéias de Pontes de Miranda, impera o completo dissenso acerca da natureza da mandamentalidade.

7. Assim, principiando pelo tema classificatório, propõe-se, de distintas maneiras, a consideração das pretensões e a ações (de direito material), das sentenças, das pretensões processuais “ações processuais”, dos remédios jurídicos e mesmo das tutelas jurisdicionais.

8. Quanto à classificação das sentenças, propôs-se considerar ora a ação (de material) julgada procedente, ora o conteúdo do ato judicial, ora ambas as possibilidades.

9. Constatou-se, ainda, a postura recorrente na doutrina ligado aos valores do CPC/1973, de reduzir a mandamentalidade à declaração, à constituição, à condenação e mesmo à execução.

10. No Capítulo 3, procurou-se delimitar a essência da mandamentalidade. Assim, conforme constatado naquela oportunidade, essa característica presente em certas decisões judiciais não provém do direito subjetivo material da parte, mas das regras de direito público, especialmente constitucional e processual, rejeitando-se, assim, a perspectiva imprópria da ação material.

11. Outrossim, percebeu-se que a correta compreensão do mandamento judicial depende principalmente (mas não de forma exclusiva) do desenvolvimento de uma teoria da eficácia da sentença tomando-se como ponto de partida a obra monumental de Pontes de Miranda.

12. A partir disso, concebeu-se a mandamentalidade como atributo da tutela jurisdicional favorável ao autor, distinguindo-se, nesse plano as diversas necessidades, funções, formas e técnicas de tutela jurisdicional, nem sempore delimitados claramente em doutrina, situando-se a mandamentalidade em cada uma dessas categorias.

13. Conforme visto em seguida, a mandamentalidade distingue-se da condenação por implicar a emissão de uma ordem, não sendo essencial a reprovação da conduta do demandado, bem como por dirigir-se à realização de deveres de fazer e não-fazer.

14. A forma de tutela em questão diferencia-se, ainda, da execução, por implicar apenas a coerção indireta sobre a pessoa do devedor, ao invés de acarretar a constrição patrimonial por sub-rogação levada a cabo pelo Estado.

15. Observou-se, ainda, ser ilegítima a exclusão, do âmbito da tutela mandamental fornecida com base no art. 461 do CPC, dos deveres de fazer e não-fazer obrigacionais.

16. Vinculou-se a mandamentalidade à tradição romano-germânica e luso-brasileira, sendo fundamentalmente acidental a comparação com instrumentos próprios do mundo do *Common Law*, instituídos de acordo com uma lógica peculiar, não totalmente compatível com os princípios inspiradores do direito europeu continental.

17. Como visto, a mandamentalidade mostra-se adequada a implementar as tutelas inibitória, compulsória, reconstitutiva e ressarcitória pelo equivalente monetário.

18. Conforme sugerido desde o primeiro Capítulo, verificou-se serem arquétipos da mandamentalidade, no campo publicístico, o *habeas corpus* e o mandado de segurança, ao passo que, no campo do direito privado, essa função seria exercida pelos interditos possessórios e pelas ações cominatórias.

19. No exame sumário das principais técnicas destinadas à instrumentalizar a tutela mandamental, constatou-se ser a multa coercitiva o meio mais adequado, do ponto de vista prático e considerada a situação jurídico-positiva atual, para forçar o demandado (ou o terceiro) ao cumprimento do preceito, função não desempenhada, de modo significativo, pela multa prevista no art. 14, parágrafo único, do CPC e pela prisão por crime de desobediência ou prevaricação.

20. Finalmente, concluiu-se que admissão da prisão civil, inspirada no *contempt power* do direito anglo-americano, encontra-se obstaculizada pela ausência, no direito brasileiro, de regra específica autorizadora da medida.

BIBLIOGRAFIA⁸⁴⁴

- ALMEIDA E SOUSA (DE LOBÃO), Manuel. *Trattado practico compendiario de todas as acções summarias*. Lisboa : Imprensa nacional, tomo 1, 1859.
- . *Tratado encyclopedico, compendiario, pratico e systematico dos interdictos e remedios possessorios geraes e espeziaes conforme o direito romano, patrio e uso das nações*. Lisboa : Imprensa nacional, 1867.
- . *Tratado pratico do processo executivo summario*. Lisboa : Imprensa nacional, 1868.
- . *Tractado encyclopedico, pratico, critico, sobre as execuções que procedem por sentenças, e de todos os incidentes nellas*. Lisboa : Imprensa nacional, 1855.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de processo civil (em elaboração)*.
- . *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Revista de Processo, 96(out-dez/1999):59-69 (agora em *Do formalismo no processo civil*, São Paulo : Saraiva, 2. ed., 2003).
- . "Efetividade e tutela jurisdicional". In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva da relação entre direito e processo*. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2006, p. 83-109.
- . *Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento*. Revista da Ajuris, 100(dez./2005):59-72
- *Do formalismo no processo civil*. São Paulo : Saraiva, 2. ed., 2003.
- . *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, Disponível em http://www.alvarodeoliveira.com.br/form_valorativo.rtf, acessado em 18.12.2007
- . "O problema da eficácia da sentença". In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva da relação entre direito e processo*. Porto Alegre

⁸⁴⁴ As obras publicadas em língua latina encontram-se citadas conforme a maneira tradicional de indicação da imprensa.

- : Livraria do advogado, 2006, p. 41-54 (tb. em Revista Forense, 369:39-49 [separata]).
- . *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista Forense, 372:77-86 (separata).
- . "Direito material, processo e tutela jurisdicional". MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva da relação entre direito e processo*. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2006, p. 285-317.
- . *Tutela declaratória executiva?* Revista do Advogado (AASP), 85(maio/2006):36-4.
- . Tutela jurisdicional (teoria e prática). No prelo.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *A nova execução*. Rio de Janeiro : Forense, 2006.
- ALVARO DE OLIVEIRA, C. A.; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, vol. VIII, tomo II, 8. ed., 2007.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo : RT, vol. 2, 7. ed., 2000.
- ALVIM, José Manuel de Arruda. "Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil". In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo : DPJ Editora, 2005, p. 639-659.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2004.
- ANDRIOLI, Virgilio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli : Jovene, vol. 1, 1973.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Cours de droit romain (Les actions)*. Napoli : Jovene, 1935.
- ARANGIO-RUIZ, V.; GUARINO, Antonio. *Breviarium iuris romani*. Milano : Giuffrè, 4. ed., 1967.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo : RT, 2000.
- . *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo : RT, 2003.

- ARISTÓTELES. *Ética Nicomachea*. Introdução, tradução, notas e apêndices de Claudio Mazzarelli. Milano : Bompiani (testi a fronte), 3. ed., 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro : Renovar, 3. ed., 2005.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. São Paulo : RT, 11. ed., 2007.
- . *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro : Forense, 2006.
- . *Sobre a execução civil (Réplica a Tesheiner)*. *Revista de Processo*, 102:9-23.
- . *Manual dos recursos*. São Paulo : RT, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo : Malheiros, 6. ed., 2006.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica para uso das faculdades de Direito do Brasil*. Rio de Janeiro : Garnier, 7. ed., 1907.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. "A ação condenatória como categoria processual". *In: Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p. 233-251.
- . "Ação para cumprimento das obrigações de fazer e não-fazer". *In: Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, p.159-167.
- . *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, vol. 1 (processo de conhecimento), 7. ed., 2005.
- . *Curso de processo civil*. São Paulo : RT, vol. 2 (execução obrigacional; execução real; ações mandamentais), 5. ed., 2002.
- . *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro : São Paulo : RT, vol. 3 (tutela de urgência), 3. ed., 2000.
- . *Curso de processo civil*. Rio de Janeiro : Forense, vol. 2 (tutela de urgência), 4. ed., 2007.
- . "Eficácias da sentença e coisa julgada". *In: Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 93-130.
- . "Execução obrigacional e mandamentalidade", *in: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto (org.). Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil : estudos*

- em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 601-616.
- . *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo : RT, 3. ed., 2007.
- . *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro : Forense, 2004.
- . “Sentença mandamental”. *In: Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 35-91.
- . “Decisões interlocutórias e sentenças liminares”. *In: Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 273-299.
- . “Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação”. *In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva da relação entre direito e processo*. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2006, p. 15-39.
- . *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro : Forense, 2008.
- . “Conteúdo da sentença e coisa julgada”. *In: Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 199-221.
- . “Conteúdo da sentença e mérito da causa”. *In: Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre : Fabris, 3. ed., 1995, p. 301-317.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro : Forense, 3. ed., 1980.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, vol. 1, 3. ed., 1983.
- BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro : Atlantida, 2. ed., [s.d.].
- . “Posse de direitos pessoais”. *In: Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XXIII, tomo III, Rio de Janeiro : Ministério da Educação e Cultura / Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976.
- . *Commentarios á Constituição Federal Brasileira colligidos e ordenados por Homero Pires*. São Paulo : Saraiva, vol. 1, 1932; vol. 4, 1933.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A sentença mandamental : Da Alemanha ao Brasil*. *Revista de Processo*, 97(jan.-mar./2000):251-264.
- . *Sentença executiva?* *Revista de Processo*, 114(mar.-abr./2004):147-162.

- . “Tutela sancionatória e tutela preventiva”. In: *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo : Saraiva, 2. ed., 1988, p. 21-29.
- . “Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças”. In: *Temas de Direito Processual (Oitava Série)*. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 125-142.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Prudência e jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre jurisprudentia romana a partir de Aristóteles*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito (UNISINOS), 1999:163-192.
- . *O direito ou o justo : o direito como objeto da ética no pensamento clássico*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito (UNISINOS), 2000:159-183.
- BAUR, Fritz. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*. Archiv für die civilistische Praxis, 153(1954):393-412 (agora nos *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozeßrecht*, Tübingen : J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], 1983, p. 83-102).
- VON BAYER, Hieronymus. *Theorie der summarischen Prozesse*. München : Weber, 1830.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Malheiros : São Paulo, 2. ed., 1997.
- . *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo : Malheiros, 2006.
- BERGMANN, Friedrich Christian (Herausg.). *Pillius, Tancredus, Gratia : Libri de iudiciorum ordine*. Neudruck der Ausgabe Göttingen 1842. Aalen : Scientia Verlag, 1965.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva. 2. ed., 1996.
- . *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 4. ed., 2006.
- BETTI, Emilio. “Processo Civile (Diritto Romano)”. In: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIII, p. 1099-1120.
- . *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano : Giuffrè, 2. ed., 1955.
- . *Teoria generale delle obbligazione*. Milano : Giuffrè, vol. II (Struttura dei rapporti d’obbligazione), 1953.

- BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. Brasília : Instituto nacional do livro, 2. ed., 1977.
- BINDER, Julius. *Prozeß und Recht*. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1927. Aalen : Scientia, 1969.
- BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova : CEDAM, 1938.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria generale del diritto*. Torino : Giappichelli, 1993.
- BORRÈ, Giuseppe. *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*. Napoli : Jovene, 1966.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *A sentença mandamental*. Revista do Advogado (AASP), 78(ano 21/set. 2004):34-42.
- BOVE, Lucio. "Imperium". In: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII.
- BRASIL. *Código de Processo Civil e leis posteriores*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947.
- BRETONE, Mario. *História do Direito Romano*. Trad. Isabel Teresa Santos. Lisboa : Estampa, 1990.
- BRIEGLEB, Hans Carl. *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*. Leipzig : Tauchnitz, 1859.
- . *Chrestomatie von Belegstellen zur Geschichte des Executiv-Prozesses*. Stuttgart : Liesching, 2. Aufl., 1845.
- . *Geschichte des Executiv-Prozesses : Über executorische Urkunden und Executiv-Prozeß*. Stuttgart : Liesching, 2. Aufl., 1845.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-D. *Zwangsvollstreckungsrecht*. Köln : Karl Heymann, 6. Aufl., 1999.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, vol. 1, 2007; vol. 3, 2008.
- . *Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias*. Revista de Processo, 113(2004):22-76.
- . *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, vol. 1, 2. ed., 2006.
- BUZAID, Alfredo. "Da sentença no mandado de segurança". In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Saneamento do processo : estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre : Fabris, 1989, p. 73-82.

- . *Do mandado de segurança*. Revista Forense, 164(1955):7-16.
- . *Do mandado de segurança*. São Paulo : Saraiva, vol. 1 (do mandado de segurança individual), 1989.
- . *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo : Saraiva, 1952.
- . *Rui Barbosa processualista civil e outros ensaios*. São Paulo : Saraiva, 1989.
- VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. Revisão de Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 2. ed., 1999.
- CAETANO, Marcello. *História do direito português*. Lisboa : Verbo, [1981].
- . *As origens luso-brasileiras do mandado de segurança*. Revista Forense, 252(1975):29-33.
- CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile*. In: *Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli : Morano, 1970, vol. 4.
- . "La condanna". In: *Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli : Morano, 1972, vol. 5, p. 483-494.
- . "La relatività del concetto d'azione". In: *Opere giuridiche a cura di Mauro Cappelletti*. Napoli : Morano, 1965, vol. 1, p. 427-449.
- . "La sentenza come atto di esecuzione forzata". In: *Studi sul processo civile*. Padova : CEDAM, vol. 3, 1934, p. 19-42.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, vol. I, 13. ed., 2005.
- CAMERINI, Fabrizio. *Teoria geral da tutela mandamental*. São Paulo : Quartier Latin, 2007.
- CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo privato romano*. Torino : Giappichelli, vol I (Le *legis actiones*), 1980; vol. II (Il processo formulare), 1983.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do 'Cumprimento da Sentença', conforme a Lei nº 11.232/06. Parcial Retorno ao Medievalismo. Por que não?* Revista Dialética de Direito Processual, 38(maio/2006):17-42.
- CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. Roma : Foro italiano, 5. ed., 1956, vol. 1.

- . *Teoria geral do direito*. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo : LEJUS, 1999.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Tutela específica das obrigações de fazer, não-fazer e entregar coisa*. Rio de Janeiro : Forense, 2. ed., 2002.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1936.
- . *Do mandado de segurança*. São Paulo : Saraiva, 3. ed., 1948.
- CHABAS, François. *L'astreinte em droit français*. *Revista de Direito Civil*, 69:50-56.
- CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano : Giuffrè, 1980.
- CHIOVENDA. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli : Jovene, 1965 (ristampa).
- . "Romanesimo e germanesimo nel processo civile". *In: Saggi di diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1993, vol. 1, p. 181-224.
- . "L'idea romana nel processo civile moderno". *In: Saggi di diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1993, vol. 2, p. 77-94.
- . "L'azione nel sistema dei diritti". *In: Saggi di diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1993, vol. 1, p. 3-99.
- . "Dell'azione nascente del contratto preliminare". *In: Saggi di diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1993, vol. 1, p. 101-119.
- . "Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva". *In: Saggi di diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 1993, vol. 1, p. 121-148.
- . *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas por Enrico Tullio Liebman. São Paulo : Saraiva, vol. 1, 2. ed., com introdução de Alfredo Buzaid, 1965.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 21. ed., 2005.
- CLAPROTH, Justus. *Justus Claproth's Einleitung in sämtliche summarische Processe, zum Gebrauch der practischen Vorlesungen*. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 1808.
- COELHO DA ROCHA, M. A. *Instituições de direito civil portuguez*. Coimbra : Livraria Clássica, 7. ed., tomo I, 1907.

- COHEN, Nathan M. *The contempt power – the lifeblood of the judiciary*. Loyola University Law Journal, 2(1971):69-108.
- COING, Helmut. *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung), 69(1952):24-59.
- COLESANTI, Vittorio. “Misure coercitive e tutela dei diritti”. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*. Padova : CEDAM, 1982, vol. 1, p. 337-359.
- . “Esecuzione forzata (diritto processuale civile)”. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino : UTET, vol. VI, 1960.
- COLLINET, Paul. *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l’oeuvre de Justinien*. [Nemours : Imprimerie André Lesot], 1947.
- CORPUS IURIS CIVILIS. *Volumen primum : Institutiones (recognovi Paulus Krueger); Digesta (recognovit Theodorus Mommsen; retractavit Paulus Krueger)*. Berolini, apud Weidmannos, editio decimasexta, MCMLIV.
- CORRÊA TELLES, José Homem. *Digesto Portuguez*. Coimbra : Imprensa da Universidade, tomo I, 4. ed., 1853.
- . *Doutrina das acções*. Consideravelmente augmentada e expressamente accomodada ao fôro do Brasil por José Maria Frederico de Souza Pinto. Rio de Janeiro : Eduardo & Henrique Laemmert, 7. ed., 1879.
- . *Doutrina das acções*. Edição integral, anotada, de acordo com o Código Civil Brasileiro pelo advogado Dr. Pontes de Miranda. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- . *Manual do processo civil : suplemento ao Digesto Portuguez*. Coimbra : Imprensa da Universidade, 2. ed., 1844.
- CORREIA, Luiz M. *O habeas-corpus e os interdictos*. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. “Fundamentos históricos do direito brasileiro”. In: JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS DE DIREITO CIVIL, I, Porto Alegre, 1980. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo : RT, 1980, p. 103-125.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A teoria das acções em Pontes de Miranda*. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 43(1988):69-78.

- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 3. ed., 1997.
- CRUZ, André Luiz Vinhas da. *A tutela jurisdicional e suas espécies: por um processo civil de resultados*. Revista de Processo, 122:289-313.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tutela jurisdicional da personalidade post mortem*. Revista dos Tribunais, 845(mar./2005):11-21.
- . *Ação monitoria*. São Paulo : RT, 3. ed., 2001.
- . *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo : RT, 2. ed., 2002.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo : RT, 1996.
- CRUZ JUNIOR, Jeziel Rodrigues. *O “amparo” hispano-americano: uma análise histórico-comparada*. Revista de Processo, 133:49-65.
- DE CUPIS, Adriano. *El daño : Teoría general de la responsabilidad civil*. Traducción de la 2ª edición italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión. Barcelona : Bosch, 1975.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O contencioso administrativo no Brasil*. Revista de Direito Público, 11:33-44.
- DEGENKOLB, Heinrich. *Einlassungszwang und Urteilsnorm*. Reimpressão da edição de 1877. Aalen : Scientia, 1969.
- . *Beiträge zum Zivilprozess*. 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1905. Aalen : Scientia, 1987.
- DENTI, Vittorio. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano : Giuffrè, 1953.
- DESTEFENNI, Marcos. *Natureza constitucional da tutela de urgência*. Porto Alegre : Fabris, 2002.
- DETTERBECK, Steffen. *Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch*. Archiv für die civilistische Praxis, 192(1992/4):325-340.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Gênese de Direito Processual Civil, 21(julho-setembro/2001):530-541.
- . *Curso de direito processual civil*. Salvador : Jus PODIVM, vol. 1, 8. ed., 2007.

- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, Salvador : Jus PODIVM, vol. 2., 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. "Tutela jurisdicional". In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo : Malheiros, tomo II, 5. ed., 2002, p. 797-837.
- . *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo : Malheiros, vol. I, 4. ed., 2004.
- . *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Malheiros, 8. ed., 2000.
- . *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Malheiros, 5. ed., 2001.
- . *Execução civil*. São Paulo : Malheiros, 8. ed., 2002.
- ENGELMANN, Arthur *et al.* *A history of continental civil procedure*. Translated and edited by Robert Wyness Millar, with introductions by William Searle Holdsworth and Samuel Williston. New York : Augustus M. Kelley, 1969.
- ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la langue latine : histoire des mots*. Paris : Klincksieck, 4.^{ème} éd., 1985.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro : Forense, 5. ed., 1979.
- FAZZALARI. *Note in tema di diritto e processo*. Milano : Giuffrè, 1957.
- . "Procedimento e processo". In: *Novissimo Digesto Italiano*. p. 819-836.
- . *Istituzioni di diritto processuale*. Padova : CEDAM, 8. ed., 1996.
- . *Introduzione alla giurisprudenza*. Padova : CEDAM, 1984.
- . "Tutela giurisdizionale dei diritti". In: *Enciclopedia del diritto*. Milano : Giuffrè, vol. XLV, 1992, p. 402-412.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : RT, vol. 4, tomo II, 2001.
- FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. Oxford : Clarendon Press, 1980.
- . *Aquinas*. Oxford : Oxford University Press, 1998.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência : comentários à legislação antitruste*. Rio de Janeiro : Forense, 3. ed., 2007.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 2 : Parte Especial, São Paulo : RT, 7. ed., 2001.

- GAMA, Ricardo Rodrigues. *O passado da tutela inibitória no Brasil*. Revista Jurídica, 271(mai/2000):5-14.
- GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano : Giuffrè, 1955.
- GEIB, Otto. *Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozess*. München, 1909.
- GOLDFARB, RONALD L. *The history of the contempt of court*. Washington University Law Quarterly, 1961/1(feb.-1961):1-29.
- . *The varieties of the contempt power*. Syracuse Law Review, 13(1961-1962):44-80.
- GOLDSCHMIDT, James. *Zivilprozeßrecht*. Neudruck der 2. Auflage Berlin 1932. Aalen : Scientia, 1969.
- . *Der Prozeß als Rechtslage*. 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1925. Aalen : Scientia, 1986.
- . *Teoría general del proceso*. Barcelona : Labor, 1936.
- . *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Barcelona : Labor, 1936.
- . *Problemas generales del derecho*. Buenos Aires : Depalma, 1944.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. Revista de Processo, 102:219-227.
- . *A tutela preventiva das liberdades – habeas corpus e mandado de segurança*. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 22(julho/1981):102-116.
- . *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não-fazer*. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 65(novembro/1995):13-30.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 8. ed., 2005.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo : RT, 1986.
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid : Aguilar, tomo 1, 2. ed., 1948.

- GUERRA, Marcelo Lima. "Execução da sentença em mandado de segurança".
In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Aspectos polêmicos do mandado de segurança 51 anos depois. São Paulo : RT, 2002, p. 603-658.
- HÄBERLE. *Grundrechte im Leistungsstaat.* Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 30(1972):43-131.
- HEINECCIUS, Johann Gottlieb. *Elementa juris civilis secundum ordinem institutionum.* Venetiis : Typographia Balleoniana, tomus II, 1815.
- . *Elementa iuris civilis secundum ordinem pandectarum.* Editio prima neapolitana, cura ac studio Caietani Vicentii Rogianii. Neapoli : Typographia paciana, tomus II, 1823.
- . *Recitationes in elementa juris civilis secundum ordinem institutionum.* Basileae, tomus II, 1787.
- HELLWIG. *Anspruch und Klagrecht.* Neudruck der Ausgabe Leipzig 1924. Aalen : Scientia, 1967.
- . *Klagrecht und Klagmöglichkeit.* 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1905. Aalen : Scientia, 1980.
- . *Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts.* Leipzig : Deichert (Gerog Böhme), 1. Band, 1903.
- . *System des deutschen Zivilprozeßrechts.* 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1912. Aalen : Scientia, Teil 1 (Ordentliches Verfahren, ausschließlich besondere Prozeßarten und Zwangsvollstreckung), 1980.
- HENNING, Fernando Alberto Corrêa. *Ação concreta: relendo Wach e Chiovenda.* Porto Alegre : Fabris, 2000.
- HERBST, Walter. *Die Bedeutung des Rechtsschutzanspruchs für die moderne Zivilprozeßrechtslehre* (Dissertation). Bonn : Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, 1973.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal.* Rio de Janeiro : Forense, vol. IX, 1958.
- JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* Tübingen : J. C. B. Mohr (anastatischer Neudruck der Ausgabe von 1905), 1919.

- VON JHERING, Rudolph. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig : Breitkopf und Härtel, Zweiter Theil, zweite Abtheilung, 3. Aufl., 1875.
- . *Der Kampf um's Recht*. Wien : Manz'sche k. u. k. Hoff-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 14. Aufl., 1900.
- KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Stuttgart : Reclam, 1990.
- KASER, Max; HACKL, Karl. *Das römische Zivilprozeßrecht*. München : Beck, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad de João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 6. ed., 1998.
- KISCH, Wilhelm. *Beiträge zur Urteilslehre*. Neudruck der Ausgabe 1903. Aalen : Scientia, 1969.
- . *Deutsches Zivilprozeßrecht*. Berlin : Walter de Gruyter & Co., 1929-1934, 2. Bd.
- KOHLER, Josef. *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß*. Freiburg i. B. und Leipzig : Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983 (Separat-Ausgabe aus Archiv für die civilistische Praxis, Band 80, Heft 2).
- . *Zur Geschichte der executorischen Urkunde in Frankreich*. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung, 21(1887):120
- KOLLMANN, Andreas. *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem um materiellem Rechts*. Berlin : Duncker & Humblot, 1996.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Trad. de Juan Miquel. Barcelona : Ariel, 2. ed., 1970.
- KUTTNER, Georg. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*. Neudruck der Ausgabe München 1914. Aalen : Scientia, 1971.
- LACERDA, Galeno. *Mandados e sentenças liminares*. Revista Processo e Constituição, 1(dezembro/2004):11-27.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, vol. VIII, tomo I, 8. ed., 1999.
- . *O Código como sistema legal de adequação do processo*. Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1976, p. 161-170.

- . *O Código e o formalismo processual*. Revista da AJURIS, 28:7-14.
- LANGHEINEKEN, Paul. *Der Urteilsanspruch*. Leipzig : Wilhelm Engelmann, 1899.
- LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique. *Introducción al derecho romano*. Buenos Aires : Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1972.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo : Saraiva, 4. ed., 1980.
- . *Embargos do executado*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo : Saraiva, 1952.
- . "I presupposti dell'esecuzione forzata". In: *Problemi del processo civile*, Napoli : Morano, 1962, p. 343-354.
- . "Il nuovo 'Código de Processo Civil' brasiliano". In: *Problemi del processo civile*, Napoli : Morano, 1962, p. 482-489.
- . *Manuale di diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, 4. ed., 1980.
- . "Istituti di diritto comune nel processo civile brasiliano". In: *Problemi del Processo Civile*. Napoli : Morano, 1962, p. 490-516.
- . "Appendice" ("Azione [teoria moderna]"). In: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 46-47.
- LOCKE, John. *Two treatises of government*. Edited with an introduction and notes by Peter Laslett. Cambridge : University Press, 1988.
- LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, vol. I (principi generali), 3. ed., 2000.
- LÜKE, Gerhard. *Zum zivilprozessualen Klagensystem*. Juristische Schulung, 9. Jahrgang(Juli 1969):301-307.
- LUZZATTO, G. I. *Il problema d'origine del processo extra ordinem*. Bologna : Pàtron, 1965.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Do procedimento monitório*. São Paulo : RT, 1999.
- MACHADO, Agapito. *O aspecto penal do descumprimento às decisões jurisdicionais de natureza mandamental*. Revista dos Tribunais, 722(1995):389-394.
- MACHADO, Fábio Cardoso. "'Ação' e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material". In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.), *Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na*

- perspectiva da relação entre direito e processo*. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2006, p. 139-164.
- . *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.
- MACHELARD, E. *Théorie générale des interdits en droit romain : Exposition détaillé des interdits possessoires*. Paris : Auguste Durand, 1864.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. São Paulo : Loyola, 2. ed., 2001.
- DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. Milano : Giuffrè, 4. ed., 2003.
- MALACHINI, Edson Ribas. *As ações (e sentenças) condenatórias, mandamentais e executivas*. Revista de Processo, 125:15-60.
- . *A eficácia preponderante das ações possessórias*. Revista de Processo, 18:13-30.
- MANDRIOLI, Crisanto. *L'esecuzione forzata in forma specifica (premesse e nozioni generali)*. Milano : Giuffrè, 1953.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo : RT, 2004.
- . *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo : RT, 3. ed., 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : RT, vol. 5, tomo I, 2. ed., 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. São Paulo : RT, 2. ed., 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro : Forense, vol. II, 1958.
- MARTIN, Christoph. *Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes*. Göttingen : Johann Christian Daniel Schneider, 5. Aufl., 1817.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro : Forense, vol. V, tomo II, 2004.
- DE MARTINO. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova : CEDAM, 1937.
- MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia juridica*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1983.
- MAUNZ/DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. München : C. H. Beck, 1997.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil : teoria geral : princípios fundamentais*. São Paulo : RT, 2. ed., 2004.
- . *Breves notas sobre a tutela mandamental e o art. 14, inc. V, e parágrafo único, do CPC*. Revista Jurídica, 337(nov./2005):21-35.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. Atualização e complementação de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo : Malheiros, 29. ed., 2006
- MELLO FREIRE, Paschoal José. *Institutiones Juris Civilis Lusitani cum publicitum privati*. Conimbricæ, Typis academicis, 5. ed., liber IV, 1860.
- MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, João. *Direito Judiciário Brasileiro*. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1940.
- MENZES, Djacir. *O problema da realidade objetiva*. Rio de Janeiro : Tempo universitário / Instituto nacional do livro, 1971.
- . *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1975.
- MERÊA, Paulo. *Estudos de direito hispânico medieval*. Coimbra : Imprensa da Universidade, tomo II, 1953.
- MICHELL, M. P. *Imperium by the back door: the astreinte and the enforcement of contractual obligations in France*. University of Toronto Law Review, 51(spring/1993):250-276.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo : Atlas, 4. ed., 2003.
- MIRANDA, Simone Duque de. *A auto-executoriedade da sentença mandamental*. Revista da Escola Nacional da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE), v. 10, n. 21(jan.-jun./2005), p. 541-566.
- MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.
- . "Estado constitucional, controle de constitucionalidade e processo civil no Brasil: do *Iustum Iudicium* à Constituição de 1988". In: *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007, p. 15-30.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : Memória Jurídica, tomo I (arts. 1º a 153), 2004.

- MOMMSEN, Theodor. *Le droit public romain*. Traduit sur la troisième édition allemande, avec l'autorisation de l'auteur par Paul Frédéric Girard. Fac-sim. de l'éd. de : Paris : E. Thorin, 1889-1896 (Manuel des antiquités romaines de T. Mommsen et J. Marquardt). Paris : Diffusion De Boccard, 1984, tome III; tome V.
- MONTEIRO, João. *Direito das acções*. São Paulo : Typographia Duprat & Comp., 1905.
- . *Programa do curso de Processo Civil*. São Paulo : Typographia Academica, 5. ed., 1936
- MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Torino : Giappichelli, vol. II, 3. ed., 1999.
- MORAES, Silvestre Gomes de. *Tractatus de executionibus instrumentorum et sententiarum*. Ulyssipone Occidentali, apud Petrum Ferreyra, tomus secundus, MDCCXXX; tomus tertius, MDCCXXXIII.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. "O romanismo em Pontes de Miranda." In: CARCATERRA, Gaetano; LELLI, Marcello; SCHIPANI, Sandro (org). *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*. Padova : CEDAM, 1989, p. 1-24.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro ; Forense, 1977.
- MURITIBA, Sérgio. *Ação executiva lato sensu e ação mandamental*. São Paulo : RT, 2005.
- . *Tutela inibitória e os direitos da personalidade*. Revista de Processo, 122(abril/2005):22-40.
- MUTHER, Theodor. *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccession in Obligationen*. Aalen : Scientia, 1984 (reimpressão da edição de 1857).
- NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*. Traducción de la segunda edición en lengua alemana por el Dr. José Zafra Valverde. Madrid : Rialp, 1962.
- NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. Com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. São Paulo : Saraiva, 39. ed., 2007.

- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo : RT, 9. ed., 2006.
- NÖRR, Knut Wolfgang. *Naturrecht und Zivilprozess. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*. Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.
- NUNES, Castro. *Do mandado se segurança*. Rio de Janeiro : Forense, 3. ed., 1951.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*. Barcelona : Bosch, [1980].
- ORESTANO, Riccardo. "L'azione in generale (storia del problema)". In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano : Giuffrè, vol. IV, 1959, p. 785-822.
- ORIONE NETO, Luiz; CHAIM, Sérgio Michel de Almeida. *Sentenças mandamentais e determinativas*. *Revista de Processo*, 45:54-69.
- OTHON SIDOU, J. M. *As garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro : Forense, 1977.
- . *Do mandado de segurança*. São Paulo : RT, 3. ed., 1969.
- . *Processo civil comparado (histórico e contemporâneo)*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1997.
- PAPIER, Hans-Jürgen. *Justitzgewähranspruch*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg : C. F. Müller, Bd. VI, 2. Aufl., 2001.
- PEGAS, Manuel Alvarez. *Tractatus de obligationibus et actionibus*. Conimbricæ : Antonii Simoens Ferreyra, tomus I, 1737.
- PEKELIS, Alessandro. "Azione (teoria moderna)". In: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 29-46.
- . *Legal techniques and political ideologies: a comparative study*. *Michigan Law Review*, 41(1942-1943):665-692.
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. "Para uma teoria geral do direito a partir da análise dogmática da obra de Pontes de Miranda". In CARCATERRA, Gaetano, LELLI, Marcello; SCHIPANI, Sandro (org.). *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*. Padova : CEDAM, 1989, p. 67-83.

- PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro / Paris : Garnier, 1906.
- . *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Lisboa : Typographia Rollandiana, tomo III, 1858.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império*. Rio de Janeiro : Typographia imp. e const. de J. Villeneuve e C., 1857.
- PISANI, Andrea Proto. *Diritto Processuale Civile*. Napoli, Jovene, 3. ed., 1999.
- . *Appunti sulla giustizia civile*. Bari : Cacucci, 1982.
- . "Appunti sulla tutela di mero accertamento". In *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Padova : CEDAM, 1982, vol. 2, p. 1179-1221.
- PONTES DE MIRANDA. *À margem do Direito*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1912.
- . *A acção rescisória contra as sentenças*. Rio de Janeiro : Jacintho, 1934.
- . *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil (1934)*. Rio de Janeiro : Guanabara, vol. 1, 1937.
- . *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro : Irmãos Pongetti, vol. 1, 1938.
- . *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro : Livraria Boffoni, vol. 1, 1947.
- . *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo : Max Limonad, vol. 1, 2. ed., 1953.
- . *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro ; Borsoi, vol. 1, 3. ed., 1960.
- . *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo : RT, vol. 1, 1967.
- . *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969*. São Paulo : RT, vol. 1, 2. ed., 1971.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*. Rio de Janeiro : Forense, tomo I, 1947.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*. Rio de Janeiro : Forense, tomo I, 2. ed., 1958.

- . *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973). Rio de Janeiro : Forense, 1974, tomo I; tomo V.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil* (1973). Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro : Forense, 5. ed., 1997, tomo I; tomo V.
- . *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro : Coelho Branco, 1937.
- . *História e prática do habeas-corpus*. Rio de Janeiro : José Konfino, 2. ed., 1951.
- . *O problema fundamental do conhecimento*. Porto Alegre : Livraria do Globo, 1937.
- . *Sistema de Ciência positiva do Direito*. Rio de Janeiro : Borsoi, 2. ed., 1972, 4 vols.
- . *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro : Borsoi, 3. ed., 1957.
- . *Tratado das ações*. São Paulo : RT, tomo I, 2. ed., 1978; tomo II, 1971; tomo V, 1974; tomo VI, 1976; tomo VII, 1978.
- . *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro : Borsoi, 3. ed., 1970, tomo I; tomo V; tomo VI.
- POPP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*. Curitiba : Juruá, 1995.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : RT, vol. 6, 2000.
- PRATA, Edson. *História do processo civil e sua projeção no direito moderno*. Rio de Janeiro : Forense, 1987.
- PRUDENTE, Antônio Souza. *Tutela mandamental-inibitória, em matéria tributária, à luz do projeto do "Código de Defesa do Contribuinte"*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ), 10(jan.-abr./2000):105-108.
- PUGLIESE. *Il processo civile romano I : le legis actiones*. Roma : Ricerche, 1961-1962.
- . *Il processo civile romano II : Il processo formulare*. Milano : Giuffrè. Tomo 1, 1963.
- . "Azione (diritto romano)." *In: Novissimo Digesto Italiano*. Torino : UTET, vol. II, 1958, p. 24-29.

- RAGGI, Luigi. *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem : contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età clássica*. Milano : Giuffrè, 1965.
- RAMALHETE, Clóvis. *Pontes de Miranda, teórico do direito*. Revista de informação legislativa, 97(jan./mar.-1988):259-270.
- RAÚL CASTAÑO, Sergio. *La racionalidad de la ley*. Buenos Aires : Ábaco, 1995.
- RHONHEIMER, Martin. *Die Perspektive der Moral : Philosophische Grundlage der Tugendethik*. Berlin : Akademie Verlag, 2001.
- . *Praktische Vernunft und Vernünftigkeit der Praxis : Handlungstheorie bei Thomas von Aquin in ihrer Entstehung aus dem Problemkontext der aristotelischen Ethik*, Berlin : Akademie Verlag, 1994.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva : hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona : J. M. Bosch, 2004.
- . *A garantia constitucional do postulado da efetividade desde o prisma das sentenças mandamentais*. Estudos Jurídicos (UNISINOS), 39/2(julho-dezembro/2006):81-90.
- RICCOBONO, S.; BAVIERA, J.; FERRINI, C; FURLANI, J.; ARANGIO-RUIZ, V (ed.). *Fontes iuris romani antejustiniani*. Florentiae, apud S. A. G. Barbèra, editio altera, 1940.
- RIMMELSPACHER, Bruno. *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*. Göttingen : Otto Schwartz, 1970.
- ROBLES, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*. Palma de Mallorca : Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 1984.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Atlas, 9. ed., 2007.
- ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. Torino : UTET, 1964, vol. 1.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. *Tutela jurisdiccional específica : mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro : Forense, 2002.
- LA ROSA, Franca. *L"actio iudicati" nel diritto romano classico*. Milano : Giuffrè, 1963.

- ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. München : Beck, 5. Aufl., 1951.
- SÁ, Fernando. *As diversas eficácias e seu convívio no conteúdo da sentença. A tese de Pontes de Miranda*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 61-80.
- . "Ainda sobre as diversas eficácias e efeitos da sentença". In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 81-90.
- SALDANHA, Néelson. "Espaço e tempo na concepção do direito de Pontes de Miranda". In: CARCATERRA, Gaetano; LELLI, Marcello; SCHIPANI, Sandro (org.). *Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda*. Padova : CEDAM, 1989, p. 41-51.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona : Ariel, 10. ed., 2001.
- SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Padova : CEDAM, nona edizione a cura di Carmine Punzi, 1981.
- VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart : K. F. Koehler, 1951.
- . *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin : Veit und Comp, 5. Bd., 1841; 6. Bd., 1847.
- . *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*. Bd. 4 (Das zwölfte Jahrhundert). Heidelberg : J. C. B. Mohr, 2. Ausgabe, 1850.
- . *Das Recht des Besitzes*. Giessen : Georg Friedrich Heyer, 6. Aufl. 1837.
- SCHÖNKE, Adolf. *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*. Karlsruhe : C. F. Müller, 8. Aufl., neu bearbeitet von Horst Schröder u. Werner Niese, 1956.
- SCHÜLER, Georg. *Der Urteilsanspruch*. Tübingen : J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1921.
- SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford : Clarendon Press, London : Oxford, [1967].
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana*. Padova : CEDAM, 1936.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Sentença cível (fundamentos e técnica)*. Rio de Janeiro : Forense, 5. ed., 2001.

- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado democrático e seus modelos básicos*. Tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Porto Alegre, novembro de 2002.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória : a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo : RT, 2. ed., 2007.
- DE STEFANO, Giuseppe. “Azione civile”. In: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, p. 48-54.
- SURGIK, Aloísio. *Lineamentos do processo civil romano*. Curitiba : Edições livro é cultura, 1990.
- TALAMANCA, Mario. *Lineamenti di storia del Diritto Romano*. Milano : Giuffrè, 2. ed., 1989.
- . “Processo civile (diritto romano)”. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, p. 1-79.
- TALAMINI, Eduardo. “As origens do mandado de segurança na tradição processual luso-brasileira”. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos polêmicos do mandado de segurança 51 anos depois*. São Paulo : RT, 2002, p. 287-316.
- . *Tutela relativa aos deveres de fazer e não-fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84)*. São Paulo, RT, 2. ed., 2003.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro : Garnier, 3. ed., 1876.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo : Saraiva, 1993.
- . *O problema da classificação da sentença por seus efeitos*. Revista da Consultoria Geral do Estado, 14(1976):66-80.
- . *Sentença mandamental*. Sítio da internet: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/sentencamandamental.htm>, acessado em 18.12.2007.

- . *Sentença mandamental (2)*. Sítio da internet: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/sentencamandamental2.htm>, acessado em 18.12.2007.
- . *Execução civil (Um estudo fundado nos Comentários de Araken de Assis)*. Revista de Processo, 102:24-54.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro : Forense, vol. 1, 47. ed., 2007.
- . *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2. ed., 2007.
- S. TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologiae : cura fratrum eiusdem ordinis*. Matriti, Biblioteca de Autores Cristianos, 4 vols., MCMLI-MCMLII.
- TORRES, João Camillo de Oliveira. *O Conselho de Estado*. Rio de Janeiro : Edições G R D, 1965.
- VALASCO, Álvaro. *Decisionum, consultationum, ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae*. Conimbricae, apud Ludovicum Seco Ferreyra, tomus primus, MDCCXXX.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. *O contempt of court no novo Processo Civil*. Revista Gênese, 32(abr.-jun./2004):336-356.
- VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 1965.
- VOET, Johannes. *Commentarium ad Pandectas*. Bassani, Remondini, tomus sextus, editio quinta Veneta, MDCCCXXVIII.
- VOSSIUS, Oliver. *Zu den dogmengeschichtlichen Grundlagen der Rechtsschutzlehre*, Ebelsbach : Rolf Gremer, 1985.
- VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris : Montchrestien, nouvelle édition, 1975.
- . *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris : Dalloz, nouvelle édition, 1962.
- . *Philosophie du droit*. Vol. II (les moyens du droit), Paris : Dalloz, 1979.
- VINNIUS, Arnoldus. *In quattuor libros institutionum imperialium commentarius academicus & forensis*. Amstelodami : Daniel Elzevir, 1665.
- VISCONDE DO URUGUAY. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Typographia nacional, 2 vols., 1862.

- WACH. *Der Feststellungsanspruch – Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch* (Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfacultät für B. Windscheid zum 22. Dezember 1888), 1889.
- . *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, tomo I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885.
- WAHRMUND, Ludwig (ed.). *Die Summa “de actionum varietatibus” des Placentinus*. Aalen : Scientia Verlag, 1962 (Neudruck der Ausgabe 1925).
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas : Bookseller, 2. ed., 2000.
- WEISMANN, Jakob. *Die Feststellungsklage*. Bonn : Adolph Marcus, 1879 (Nachdruck des Verlages Ferdinand Keip 1970).
- WETZELL. *System des ordentlichen Civilprocesses*. Leipzig : Tauchnitz, 3. ed., 1879.
- WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, 2. unveränderter Nachdruck der 2., neuberab. Auflage von 1967, 1996.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt a. M. : Büttner & Loening, 1. Bd., 7. Aufl., 1891.
- . *Die Actio des Römischen Rechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Reimpressão da edição de 1856. Aalen : Scientia, 1984.
- . *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*. Reimpressão da edição de 1857. Aalen : Scientia, 1984.
- WOLFF, Christian. *Institutiones juris naturae et gentium*. Venetiis, apud Nicolaum Pezzana, MDCCLXI.
- VON WRIGHT, G. Henrik. *Norma y acción : una investigación lógica*. Trad. de Pedro García Ferrero, Madrid : Tecnos, 1979.
- YARSHELL, Flávio Luis. *Tutela jurisdiccional*. São Paulo : Atlas, 2.ed., 2006.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. “A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial”. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). *Eficácia e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91-114.
- . “Eficácia e efeitos das sentenças cíveis: o direito material e a definição de eficácia natural postos em discussão com a eficácia processual sentencial”.

- In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (org.). Eficácia e coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49-59.*
- . “A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)”. *In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). Polêmica sobre a ação : a tutela jurisdicional na perspectiva da relação entre direito e processo. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2006, p. 165-196.*
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. Milano : Giuffrè, vol. 1, 4. ed., 1947.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo : RT, 2001.
- . *Processo de execução : parte geral*. São Paulo : RT, 3. ed., 2004.
- . *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo : RT, vol. 8, 2. ed., 2003.